

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO — UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS — CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO — FND

A CRISE DO ACESSO À JUSTIÇA: GRATUIDADE DE JUSTIÇA E A ADI 5766

MARCOS RODRIGUES NUNES DA SILVA

Rio de Janeiro

2022

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO — UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS — CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO — FND

A CRISE DO ACESSO À JUSTIÇA: GRATUIDADE DE JUSTIÇA E A ADI 5766

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Guilherme Hartmann.**

Rio de Janeiro

2022

MARCOS RODRIGUES NUNES DA SILVA

A CRISE DO ACESSO À JUSTIÇA: GRATUIDADE DE JUSTIÇA E A ADI 5766

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Guilherme Hartmann.**

Data da Aprovação: ___ / ___ / ___

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Guilherme Hartmann (Orientador)

Prof. Dr.

Prof. Dr

Rio de Janeiro

2022

CIP - Catalogação na Publicação

Rc Rodrigues, Marcos
A CRISE DO ACESSO À JUSTIÇA: GRATUIDADE DE
JUSTIÇA E A ADI 5766 / Marcos Rodrigues. -- Rio de
Janeiro, 2022.
74 f.

Orientador: Guilherme Hartmann.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Acesso à Justiça. 2. Gratuidade de Justiça. 3.
Código de Processo Civil. 4. Análise Econômica do
Direito. I. Hartmann, Guilherme, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Tal qual "Cotidiano" de Chico, por 5 anos fiz todo dia tudo sempre igual, mas todo dia sempre uma história diferente. Desde os tempos de calouro onde tudo era um fascínio, passados os tempos amargos de distanciamento social e a nova cultura do ensino à distância, até os tempos onde não queria mais ver a faculdade por tanto estresse acumulado, agradeço a todos que compartilharam essa jornada comigo.

Agradeço à minha mãe, que cumpriu com maestria os deveres tão complexos de pai e mãe ao mesmo tempo, que não dormia à noite enquanto me ninava se perguntando do que será o amanhã, que fez e faz de tudo para me ver feliz e me ver crescer. Vera, se eu sou seu orgulho, você é minha heroína.

Agradeço à minha família, particularmente às minhas segundas mães, Fátima e Bianca, e ao meu padrasto Mansur, por prover todo suporte e amor necessário a uma criança que me tornou quem sou hoje.

Agradeço à minha namorada amada, Giovanna, por compartilhar o melhor e, sobretudo, o pior ao meu lado, que seja sempre minha fonte de inspiração diária e minha eterna parceira de tudo e mais um pouco, te amo.

Agradeço ao Colégio de São Bento e a todo seu corpo docente, por prover uma educação ímpar cujos valores me seguem e não de seguir até meus últimos dias. Tal como esses eternos valores, agradeço aos meus eternos amigos de colégio, meus primeiros e maiores amigos, cujos nomes não ousaria recitar pois estaria cometendo uma injustiça caso esqueça alguém.

Agradeço à Universidade Federal do Rio de Janeiro e à Faculdade Nacional de Direito, bem como ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico pelo investimento em minha formação.

Agradeço aos meus grandes amigos de faculdade Bruno e Rafael, o maior presente que a UFRJ me proporcionou. De fato meus caros, os últimos viraram os primeiros, mas nossa jornada mal começou, ainda temos muito a percorrer e será um prazer vê-los crescer no mundo do Direito com essa capacidade que ambos possuem. AVANTE!

RESUMO

Neste trabalho de conclusão de curso, pretende-se analisar o conceito de acesso à Justiça a partir de uma análise multidisciplinar e pragmática. O tema insere-se no Direito Processual Civil, pois as normas processuais podem e devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que seja compatível com os limites de litigância que a sociedade comporta. A análise econômica do direito configura-se como importante ferramenta para avaliar o descasamento entre o custo individual de postular em juízo e o custo social da litigância. De fato, a atual codificação processual civil, principalmente por meio de seu benefício de gratuidade de Justiça, configura-se como um incentivo à litigância frívola, em desacordo com o interesse público. Esse cenário de sobreutilização do Judiciário congestiona o serviço, compromete a celeridade e a qualidade da prestação da tutela jurisdicional, incentiva demandas oportunistas e prejudica a efetividade e a credibilidade da Justiça, gerando em última instância, a tragédia da Justiça brasileira.

Palavras-chave: Acesso à Justiça, Gratuidade de Justiça, Código de Processo Civil, Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

In this course completion work, we intend to analyze the concept of access to justice from a multidisciplinary and pragmatic analysis. The theme is part of Civil Procedural Law, as procedural norms can and should create a structure of incentives and disincentives that is compatible with the limits of litigation that society has. The economic analysis of law is an important tool to assess the mismatch between the individual cost of filing a lawsuit and the social cost of litigation. In fact, the current civil procedural codification, mainly through its benefit of free Justice, appears as an incentive to frivolous litigation, in disagreement with the public interest. This scenario of overuse of the Judiciary congests the service, compromises the speed and quality of the provision of judicial protection, encourages opportunistic demands and undermines the effectiveness and credibility of Justice, ultimately generating the tragedy of Brazilian Justice.

Keywords: Access to Justice, Free Justice, Code of Civil Procedure, Economic Analysis of Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE)

Análise Econômica do Direito (AED)

Supremo Tribunal Federal (STF)

Associação Nacional de Hospitais Privados (Anahp)

Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)

Ação de Decumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

Código do Processo Civil (CPC)

Novo Código de Processo Civil (NCPC)

Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

Alternative Dispute Resolution (ADR)

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)

Recurso Extraordinário (RE)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. EVOLUÇÃO DO MODELO PROCESSUAL CIVIL	11
1.1 NEOCONSTITUCIONALISMO	12
1.2 MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO CIVIL	17
1.3 NOVA LINDB E O PRAGMATISMO JURÍDICO	25
2. DO ACESSO À JUSTIÇA	32
2.1 CONCEPÇÃO CLÁSSICA DE ACESSO À JUSTIÇA E A TRAGÉDIA DOS COMUNS	33
2.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	41
2.3 DA JUSTIÇA COMO BEM COMUM E CNJ EM NÚMEROS	427
3. ESTUDO DE CASO: ADI 5766	55
3.1 DOS CONCEITOS ABSTRATOS E O VOTO DO MIN. EDSON FACHIN	57
3.2 DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O VOTO DO MIN. LUIS ROBERTO BARROSO	60
3.3 DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	64
CONCLUSÃO	698
BIBLIOGRAFIA	70

INTRODUÇÃO

Neste trabalho de conclusão de curso, aborda-se o aparelho jurisdicional brasileiro por dois vieses distintos, mas complementares, seja a justiça enquanto garantia constitucional, por meio do princípio de inafastabilidade de jurisdição, seja a prestação jurisdicional a partir de uma ótica de mercado que vela pela efetividade dessa prestação jurisdicional. Interessa-nos, particularmente, a visão de justiça como um recurso comum e como tal, sujeita à tragédia dos comuns.

No sentido desta pesquisa, houve esforços importantes tanto da perspectiva teórica quanto da perspectiva empírica. No primeiro momento abordamos, teoricamente, o direito de acesso à justiça, desde suas premissas clássicas, suas críticas, não tão contemporâneas, e a importância da Análise Econômica do Direito para a melhor efetividade desse direito à justiça, por meio de um processo civil constitucional criador de incentivos e desincentivos ao litígio, bem como ao caráter pragmático das decisões judiciais e legislativas.

Num segundo momento, como técnica de pesquisa empírica, procuramos analisar os números do “Relatório da Justiça em Números 2021”, do Conselho Nacional de Justiça. A partir dessa robustez de dados, fez-se possível comprovar diversas premissas da pesquisa teórica, indicando uma cultura litigiosa do brasileiro, em contraste com o modelo de processo civil cooperativo, implementado pelo CPC/2015.

Se de um lado a cultura popular aduz que a justiça tarda mas não falha, como um símbolo onde o justo impera sobre o injusto, por outro, a máxima jurídica aduz que uma justiça tardia já representa uma falha. Os infundáveis trâmites processuais impõe uma verdadeira barreira à efetividade da prestação jurisdicional do Estado perante as demandas individuais. Tal inefetividade representa, em última instância, uma falha na prestação de uma garantia constitucional, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição. Logo, impõe-se novas visões e soluções para a “Tragédia da Justiça” representada nesse trabalho, a partir de uma justiça multiportas e de

O presente trabalho é dividido em três capítulos. O primeiro procura discorrer sobre a evolução do sistema processual civil brasileiro, saindo do modelo adversarial e adentrando ao modelo participativo, a partir da constitucionalização do direito, tornando-se, em última

instância, o modelo constitucional de processo e a relevância de se incorporar o caráter pragmático nesse modelo. O segundo aborda o acesso à Justiça, expresso constitucionalmente pelo princípio da inafastabilidade de jurisdição, em sua matriz clássica e sua releitura a partir da análise econômica do direito - cujos conceitos básicos serão apresentados ao leitor. Tal necessidade de atualização desse conceito advém da premissa de cenário de tragédia da Justiça brasileira, a partir dos números da Justiça do ano de 2021 divulgados pelo CNJ. O terceiro capítulo examina o julgamento da ADI 5766 - cujo mérito discorre sobre a constitucionalidade de uma política de custas mais severa ao litigante na Justiça Trabalhista - e analisa duas formas de entender o direito de acesso à justiça efetivo, a partir dos votos antagônicos dos Ministros Edson Fachin e Luis Roberto Barroso a fim de trazer a tona a problemática empregada pelo trabalho, sobre as consequências de uma guarida indiscriminada de benefícios ao acesso à Justiça que se traduzem em um incentivo à litigância.

O presente trabalho possui um viés multidisciplinar, entre direito e economia, com bases antifundacionista e consequencialista, oriundo de uma percepção pragmática. De fato, o escopo do presente trabalho é elucidar o leitor quanto às problemáticas atuais e históricas do acesso à Justiça e meios para, de certo, otimizar o sistema jurídico pátrio, por meio de uma noção processual de incentivos e desincentivos à litigância. Logo, a análise econômica do direito evidencia-se como uma importante ferramenta para promover, com maior rigor científico, um efetivo e justo acesso à Justiça.

1. EVOLUÇÃO DO MODELO PROCESSUAL CIVIL

A partir da virada kantiano do Direito, e o fenômeno do neoconstitucionalismo, as normas fundamentais da Constituição da República encontram-se com as normas fundamentais do processo civil. Essa irradiação constitucional altera, de forma abismal, o modo de compreensão do processo civil contemporâneo, passando a ser visto como modelo constitucional de processo. Logo, funda-se a noção de um modelo cooperativo, visto que o Estado Constitucional tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CRFB/1988), cujo fundamento encontra-se na dignidade da pessoa humana.

Em contraponto com esse modelo constitucional de processo, os códigos processualistas de 1939 e 1973, foram produzidos em períodos históricos antidemocráticos. Possuem, portanto,

um viés acentuado de juricentrismo, em um sistema de um juiz presidencialista, com poderes concentrados na figura do Estado-Juiz e do processo como mero instrumento estatal.

De fato, muito se evoluiu em termos de respeito às partes do processo, respeito ao devido processo legal, ao contraditório e ampla defesa. Contudo, o acesso à Justiça segue comprometido por uma cultura litigiosa brasileira, demandista em diversos aspectos, que se impõe como um entrave à concretização de um sistema judicial justo, efetivo e participativo.

1.1 NEOCONSTITUCIONALISMO

O marco histórico do novo direito constitucional, concebido como o neoconstitucionalismo, foi construído a partir do período pós segunda guerra-mundial. No Brasil, a Constituição de 1988, também conhecida como constituição cidadã instaurou esse novo modelo, fundado no princípio democrático, a partir de uma coalizão de interesses e clamores sociais, políticos e econômicos que diziam um basta à ditadura.

De fato, o processo brasileiro de redemocratização caracterizou-se como um processo tardio. Somente no governo Geisel, em 1974, o Brasil iniciou um processo de abertura política, definido pelo então presidente como uma abertura, lenta, gradual e segura. Apenas 13 anos após o início do processo de transição política, a Assembleia Nacional Constituinte foi formada, em 1987, sob a liderança de Ulysses Guimarães. Assim, a Constituição de 1988 surge como fruto de um anseio popular para a fixação de direitos e garantias civis, tão menosprezados nos tempos ditatoriais, bem como um fator limitante do poder de atuação do Estado.

Nessa linha, veja-se os ensinamentos de Boris Fausto sobre o tema:

A Constituição de 1988 refletiu o avanço ocorrido no país na área da extensão dos direitos sociais e políticos aos cidadãos em geral e às chamadas minorias, aí se incluindo os índios. (...) Com todas essas ressalvas, a Constituição de 1988 pode ser vista como o marco que pôs fim aos últimos vestígios formais do regime autoritário. A abertura, iniciada pelo general Geisel em 1974, levou mais de treze anos para desembocar em um regime democrático.¹

¹ FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006, p. 289

Na mesma linha, assente Luis Roberto Barroso:

A Carta de 1988, como já consignado, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país. Não é pouco. Mas não se trata da Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios. A euforia constituinte - saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil - levou a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa.²

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo surge como forma de dar a máxima efetividade à Constituição recém promulgada, em resposta aos tempos autoritários que vigoraram no país desde 1964 até 1985. Nas palavras de Paulo Bonavides, “se o velho Estado de direito do liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado de direito do nosso tempo faz o culto da Constituição”³. Em contraste com as demais constituições brasileiras, cujo ponto fulcral era a organização do Estado, na Constituição Cidadã, o ponto fulcral evidenciava-se na dignidade da pessoa humana.

Assim, o Direito Constitucional e o Direito como um todo sofre um movimento denominado de virada kantiana, com a reaproximação entre o Direito e a Ética. Hoje, o fundamento para os direitos e garantias fundamentais busca resguardo no próprio imperativo categórico kantiano⁴, onde o homem é um fim em si mesmo. Em suma, tal fundamentação encontra resguardo na positivação do meta-princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e expõe a dignidade da pessoa humana como centro axiológico dos sistemas jurídicos e fonte de irradiação de direitos humanos.

² BARROSO, Luis. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo. Ed. SaraivaJur. 2019. P. 341.

³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª e d. São Paulo: Malheiros, 1994, P. 344.

⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70 Ltda., 1997. Cit; "As formulações do imperativo categórico são: a fórmula da lei universal "Haja somente com aquela máxima através da qual você pode ao mesmo tempo querer que se transforme em lei universal"; a fórmula da humanidade como um fim em si "Haja somente para usar a humanidade, em sua própria pessoa como na pessoa de qualquer outro, nunca meramente como um meio, mas ao mesmo tempo como um fim"; e a fórmula da autonomia, que Kant não concebe a princípio como um imperativo mas como "a ideia da vontade de todo ser racional como uma vontade legisladora universal".O princípio da autonomia considerado por Kant como a terceira formulação do imperativo categórico é, mais tarde, substituído pelo princípio do reino dos fins como o terceiro princípio da moralidade: "que toda máxima originada de nossa legislação deve harmonizar em um reino dos fins, com um reino da natureza", a fórmula do reino dos fins."

Desse modo, os direitos fundamentais, em suas múltiplas dimensões, vinculam a atuação e conformam a organização da Administração Pública. Segundo, Sarlet Wolfgang⁵ deve-se conceber os direitos e garantias dos direitos fundamentais por meio de dois principais ângulos de atuação, seja por meio de um ângulo subjetivo, seja por meio de um ângulo objetivo. Em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais constituem normas de competência negativa, protegendo posições individuais contra a atuação do Poder Público e habilitando os particulares ao exercício de instrumentos processuais em sua garantia. Essa primeira concepção revela a qualidade de defesa dos direitos fundamentais. Já em sua dimensão objetiva, vislumbra-se a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, que se espalha por todo o ordenamento jurídico. Dessa forma, impõe-se os deveres de proteção do indivíduo ao Estado cuja atuação torna-se exigível, em alguma medida, no âmbito das relações privadas.

Depreende-se, assim, que o fenômeno do neoconstitucionalismo carrega em si, três vertentes principais: primeiro, a ideia kantiana de que todo homem é um fim em si mesmo e, portanto, não pode ser empregado como meio para se alcançar quaisquer objetivos. Segundo, a noção de que deve prevalecer a autodeterminação individual de cada pessoa, corroborando para a manutenção do livre arbítrio e da vontade para a persecução da vida boa - assegurado o seu mínimo existencial - e, por fim, em terceiro, a limitação dessa vontade com base em costumes e valores sociais.

Nesse prisma, Gustavo Binbenbojm⁶ entende que todo o ordenamento jurídico brasileiro passou por um “Giro Democrático-Constitucional”. A constitucionalização do Direito, importa no reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado Administrativo contemporâneo.

Além disso, as normas e garantias constitucionais são dotadas de imperatividade e aplicabilidade imediata. De fato, o reconhecimento de força normativa das normas constitucionais foi uma importante conquista do constitucionalismo contemporâneo, cuja aplicabilidade desenvolveu a denominada doutrina da efetividade.

A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. Logo, a Constituição,

⁵ WOLFGANG, Sarlet. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Ed. 11a. P. 141.

⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação e Regulação**. Belo Horizonte: Ed. Fórum. 2016, p. 37.

pela sua eficácia irradiante e a doutrina da efetividade, exala tais princípios para os demais ramos, promovendo uma constitucionalização do direito. Sobre o tema afere Barroso que:

Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O positivismo constitucional, que deu impulso ao movimento, não importava em reduzir o direito à norma, mas sim em elevá-lo a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania.⁷

Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. Afere-se desse contexto que, o discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica.

Nesse prisma, o positivismo constitucional, que deu impulso ao movimento, não importava em reduzir o direito à norma, mas sim em elevá-lo a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo Direito Constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania.

Em consonância com o anteriormente exposto, as normas jurídicas em geral, são dotadas do atributo da imperatividade. Em casos de descumprimento dessa imperatividade, seja por uma ação, seja por omissão, o sistema constitucional e infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetados e restauração da ordem jurídica. Estes

⁷ BARROSO, Luis. **Temas de direito constitucional**. São Paulo. Ed. Renovar, 2008, p. 76

meios são a ação e a jurisdição: ocorrendo uma lesão, o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo pode ir a juízo postular reparação.

Tendo em vista que todo o ordenamento jurídico orbita em torno da Constituição, evidencia-se um caráter dirigente e programático na Lei Fundamental, permitindo que o Judiciário tome frente em muitas questões. Nesse ponto, Ricardo Martins afere que:

Os textos constitucionais passaram, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, a apresentar um extenso rol de garantias e direitos fundamentais, e tornaram-se um importante instrumento contra o uso abusivo do poder estatal. Hoje, muitas Constituições consagram não apenas direitos individuais e políticos, mas também direitos sociais, o que lhes dá um caráter dirigente. Tornaram-se não apenas uma garantia do povo contra o uso abusivo do poder, mas também uma garantia contra o não exercício do poder, um instrumento impeditivo de retrocessos e garantidor de avanços, um obstáculo contra o uso descomedido do poder estatal e um direcionamento ao uso comedido. Reconheceu-se ao órgão de controle jurisdicional – juízes em geral, no controle difuso, ou o Tribunal Constitucional, no controle concentrado – não apenas a competência para invalidar os atos contrários à Constituição, mas também para invalidar a omissão estatal, o não cumprimento do programa constitucional. É nesse contexto que surge o neoconstitucionalismo.⁸

A partir desse momento, em conjunto com a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, que se espalha por todo o ordenamento jurídico, o constitucionalismo se encontra com o processo civil, alterando-o drasticamente, culminante no código constitucional de processo civil de 2015⁹. Em contraponto, os códigos processualistas de 1939 e 1973¹⁰, ambos conjecturados em períodos históricos antidemocráticos - seja no governo Vargas, seja no governo Médici - pautados essencialmente por um juriscentrismo exacerbado, com poderes concentrados na figura do Estado-Juiz e do processo como mero instrumento estatal, diferentemente das características e propósitos democráticos e participativos do CPC/2015.

⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: **Direito Administrativo e Constitucional**. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>

⁹ BRASIL. CPC/2015. Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

¹⁰ BRASIL. CPC/1973. Art. 1 A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece.

1.2 MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO CIVIL

O processo civil brasileiro é um modelo construído a partir das premissas estabelecidas pela Constituição de 1988. A base principiológica exposta no CPC/2015, preocupou-se em instituir um processo civil de viés democrático. Logo, o código apresenta-se lastreado em premissas participativas e policêntricas, a resgatar a participação da sociedade no debate processual, em contraposição ao protagonismo judicial de um processo presidencialista.

Devido ao reconhecimento do centralismo constitucional no debate jurídico, a Teoria Geral do Direito, em especial o do Direito Processual Civil passa por um processo de intensa revisão. Nessa senda, a Lei 13.105 de 2015 ao disciplinar no seu art. 1º que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, devendo ser observadas as suas disposições. Evidencia-se, portanto, uma reconstrução processualista, normativa e principiológica, sob a luz da constituição.

Tais princípios e regras, ora presentes em maior grau, ora em menor intensidade, fundem-se e se somam na consolidação de um processo civil efetivo e democrático, Pois, o processo legitima-se a partir do respeito de premissas principiológicas expressas ou implícitas na Carta Magna. Nesse escopo, o processo deve ser meio efetivo de acesso à justiça, a partir de uma prestação jurisdicional, justa, eficaz e célere, para resguardar o devido cumprimento do princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição¹¹.

Nesse sentido, Marinoni aduz que o processo civil deve ser interpretado como meio para tutela de direitos:

O processo civil tem como fim prestar tutela aos direitos em uma dupla dimensão: para o caso concreto e para a ordem jurídica. Essa dupla dimensão desdobra-se igualmente em uma dupla direção: o processo civil serve de um lado às partes e de outro à administração da justiça civil e à sociedade em geral. O processo civil visa à produção de uma decisão justa e suscetível, em sendo o caso, de tempestiva e adequada efetivação (tutela aos direitos), ao mesmo tempo em que visa à orientação da conduta institucional e social por meio de precedentes (tutela ao direito).¹²

¹¹ BRASIL. CRFB/88. Artigo 5º, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹²MARINONI, Guilherme. **Novo Processo Civil**. São Paulo: Thomson Reuters. 2015, p. 86.

Assim, o processo deve ser compreendido como um instrumento de justiça. É necessário pensar na instrumentalidade do processo a partir de dois principais viéses. Primeiro, em uma perspectiva individual, como meio a fim de proporcionar o direito material nas situações fáticas da vida dos particulares que os levaram a requisitar auxílio jurisdicional por meio de seu direito de ação. Segundo, a instrumentalidade do processo deve ser compreendida em uma escala macro, como o meio adequado do Estado de garantir a pacificação social a partir do controle de conflitos entre particulares.

Dessa forma, o caráter instrumental do processo civil constitucional constitui como garantia de prevalência do homem e da sua dignidade, em detrimento da forma. O processo constitui-se como um meio para obtenção de justiça, em respeito às garantias constitucionais, não podendo jamais ser compreendido, portanto, como um fim em si mesmo.

Contudo, como afere, Cândido Dinamarco, a instrumentalidade do processo, a fim de ser legítima, deve completar os objetivos sociais e constitucionais traçados para processo, como garantia de efetividade de direitos particulares e pacificação social, in verbis:

É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. (...) Isso significa, sim, que a instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação. A tomada de consciência teleológica tem, portanto, o valor de possibilitar o correto direcionamento do sistema e adequação do instrumental que o compõe, para melhor aptidão a produzir tais resultados.¹³

Em consonância com esse pensamento, Carlos Barbosa Moreira, assente que o processo possui caráter instrumental em relação ao direito substantivo¹⁴ e sua efetividade se constitui ao passo que revele-se como um instrumento eficiente para a realização desse direito.

Contudo, aqui há de se salientar o que o autor entende por eficiência, in verbis;

Não há de entender, pois, a expressão “processo socialmente efetivo” como se designasse processo apto a conduzir por força, mediante uma sentença ou o respectivo cumprimento, a resultado socialmente desejável, senão – com maior modéstia –

¹³DINAMARCO, Cândido. **Instrumentalidade do Processo**. Ed. Malheiros: São Paulo. 2003, p, 181 e 183.

¹⁴MOREIRA, Carlos. Por um Processo Socialmente Efetivo. **Revista de Processo**, vol. 105/2002 p. 181 - 190 , Jan - Mar. 2001, P. 1

processo apto a abrir passagem mais desimpedida a interesses socialmente relevantes, quando necessitem transitar pela via judicial.¹⁵

Dessa forma, o processo deve ser um justo processo legal, em respeito às garantias processuais e constitucionais. O devido processo legal é a premissa maior do processo, nele respeitam-se os princípios do contraditório, ampla defesa, boa-fé objetiva, juiz natural, eficiência, efetividade, celeridade, entre outros.

Sobre o princípio do contraditório, aduz Rosemiro Pereira Leal;

Dentro do Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais, para serem consideradas legítimas, devem ser produzidas a partir de um diálogo democrático e respeitador dos direitos fundamentais. Por isso, o processo funciona como um espaço linguístico de desenvolvimento dos institutos processuais. O indivíduo age como destinatário e coautor da norma jurídica, dentro de uma estrutura igualitária e desenvolvida sob a estrutura do contraditório.¹⁶

Assim, o processo justo é o meio de concretização da democracia e objetivo central do Estado Constitucional para plena efetivação de direitos e garantias, cujos contornos e meandros são previamente fixados e a decisão judicial é formada a partir de uma dialética entre as partes. Nas palavras de Marinoni:

O direito ao processo justo constitui princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional (art. 5 ,LIV, CF). É o modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para a obtenção de decisões justas. O direito ao processo justo é um direito de natureza processual. Ele impõe deveres organizacionais ao Estado na sua função legislativa, judiciária e executiva. É por essa razão que se enquadra dentro da categoria dos direitos à organização e ao procedimento. A legislação infraconstitucional constitui um meio de densificação do direito ao processo justo pelo legislador. As leis processuais não são nada mais nada menos do que concretizações do direito ao processo justo. O Estado Constitucional tem o dever de tutelar de forma efetiva os direitos. Se essa proteção depende do processo, ela só pode ocorrer mediante processo justo. No Estado Constitucional, o processo só pode ser compreendido como o meio pelo qual se tutela os direitos na dimensão da Constituição. O direito ao processo justo visa a assegurar a obtenção de uma decisão justa. Ele é o meio pelo qual se exerce a pretensão à tutela dos direitos. Esse é o seu objetivo central dentro do Estado Constitucional.¹⁷

¹⁵ MOREIRA, Carlos. Por um Processo Socialmente Efetivo. **Revista de Processo**, vol. 105/2002, p. 181 - 190 , Jan - Mar. 2001, p. 6

¹⁶ LEAL, Rosemiro. **Teoria Geral do Processo**. In: BORRING, Felipe. **Princípio da Jurisdição Equivalente**. Bahia: JusPodium, 2019 P. 68.

¹⁷ MARINONI, Guilherme. **Novo Processo Civil**. São Paulo. Thomson Reuters. 2015, p, 91.

Não obstante, em uma análise metodológica da ciência processual, Cândido Dinamarco¹⁸ afere que a contemporânea ideia de direito processual como ciência percorreu um caminho (*iter*) de três momentos distintos, classificados em; (i) sincretismo, (ii) autonomia e (iii) instrumentalidade.

Primeiro, a fase do sincretismo caracteriza-se por uma confusão entre os planos substancial e processual, a partir de novos conceitos iluministas advindos do século das luzes, por meio da ruptura de velhas estruturas absolutistas.

Segundo, a fase da autonomia, instituiu o direito processual como ciência em si mesmo, dotado de objeto próprio, cuja repercussão gerou inúmeros avanços metodológicos e doutrinários, cujo ápice, conforme o autor, consubstancia-se nas investigações em torno do próprio conceito da ação, afirmando, em última instância, seu caráter abstrato, o que constitui o mais elevado grau de proclamação de sua autonomia.

Terceiro, o terceiro momento metodológico do direito processual caracteriza-se pela instrumentalidade do processo como pólo de irradiação de ideias, princípios e soluções. Nessa senda, o processo evidencia-se como meio estatal de solução de conflitos e pacificação social, por meio da heteronormatividade subjetiva, cuja principal função é a de tutelar direitos. Conforme ensina Cândido Dinamarco “é um meio, e todo meio só é tal e se legitima em função dos fins a que se destina”, cujo fator legitimante desse processo evidencia-se na garantia de todas as garantias e direitos constitucionais.

Ademais, Fernando Gajardoni¹⁹, em uma releitura contemporânea aos princípios fundamentais do processo elencados por Dinamarco, afirma que tais institutos tratar-se-iam da; ação, processo e defesa. De modo que o instrumentalismo do processo poderia e deveria ser utilizado como meio de defesa. Em suma, a instrumentalidade do processo afere-se, também, como garantia constitucional contra subjetiva do indivíduo como fator limitante do poder do Estado, tal como indicava Wolfgang.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido. **A instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Jus Podium, 2013, São Paulo, p. 15.

¹⁹ GAJARDONI, Fernando. Canal da EMERJ. **SEMANA DE PROCESSO CIVIL - DIA 4**. EMEJ. Publicado há 4 meses. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=YCBLsxswnh4>, minuto 2:22:00. Acesso em 11.11.2022.

Em última instância, o modelo constitucional de processo impõe um processo policêntrico - cooperativo -, diferente do processo inquisitorial e adversarial, que imperaram no ordenamento pátrio desde o código de 1939. De fato, no modelo adversarial, possui uma concepção de disputa entre litigantes, entre partes antagônicas. Enquanto no modelo inquisitorial, o órgão jurisprudencial evidencia-se como o grande protagonista do processo. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. aduz que:

Fala-se que, no modelo adversarial, prepondera o princípio dispositivo, e, no modelo inquisitorial, o princípio inquisitivo. Princípio, aqui, é termo utilizado não no sentido de "espécie normativa", mas, sim, de "fundamento", "orientação preponderante" etc. Assim, quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado princípio dispositivo; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o princípio inquisitivo o processo será. A dicotomia princípio inquisitivo-princípio dispositivo está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de "inquisitividade"; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a "dispositividade".²⁰

Em contraponto com os modelos citados, o modelo cooperativo baseia-se na cooperação entre partes. Deve ser compreendida, portanto, como um princípio fundante do modelo de processo civil contemporâneo. De modo que, um processo fundado nas ideias do contraditório, da cooperação e da boa-fé objetiva, é necessariamente um modelo de processo cooperativo²¹. Nesse sentido, o art. 6 do CPC prevê expressamente que; "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

Nesse ímpeto de instituir um modelo de fato cooperativo, o legislador instituiu no CPC/2015 o sistema multiportas, também chamado de "Alternative Dispute Resolution" (ADR). O processo da justiça multiportas foi uma criação do Professor de Harvard, Frank Sander - na Pound Conference em 1976 - cujo objetivo tratar-se-ia de uma inovação institucional para criar mecanismos com métodos mais apropriados, céleres, econômicos e satisfatórios para a resolução de disputas e litígios.

²⁰ DIDIER, Fredie. Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro. n. 49, jul./set. 2013, p. 91.

²¹ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 198, 2011, p, 213.

Nesse sentido, a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituiu uma nova política judiciária nacional de tratamento dos conflitos de interesses, prescindindo de uma atuação contenciosa. Desse modo, institui-se a utilização de instrumentos consensuais de resolução de conflitos, por meio da conciliação e mediação. Com o advento do CPC/2015, a partir do art. 334 tais métodos mostram-se imprescindíveis, caracterizando, de fato, uma justiça multiportas.

Nesse sentido, afere Fredie Didier Jr.²²:

O modelo cooperativo parte da ideia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF/1988), fundado que está na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988). Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar assim posições coordenadas - o que dá lugar a uma relação de cooperação. O direito aplicável é um direito orientado por parâmetros de racionalidade oriundos da lógica argumentativa. O contraditório recupera um papel de destaque na construção da organização do processo, gravando todos os seus participantes (art. 7º, 9º, 10 e 489, p. 1º, IV, do CPC/2015). Com o redimensionamento do papel do juiz e das partes a partir da necessidade de equilibrada participação, o juiz tem seu papel redesenhado, assumindo uma dupla posição: paritário no diálogo e assimétrico na decisão (art. 9º, 10, 139 e 489, p. 1º, IV, do CPC/2015). A condução do processo civil a partir daí é gravada por deveres cooperativos - esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio. A boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva têm que ser observadas por todos os seus participantes (art.5º do CPC/2015). A verdade provável é um objetivo cujo alcance permite a prolação de decisões justas (art. 300 e 369 do CPC/2015) sendo, portanto, tarefa conjunta do juiz e das partes (art. 369 e 370, do CPC/2015), na medida de seus interesses, persegui-la.²³

Não obstante, nas palavras de Alexandre Câmara, o processo constitucional deve ser, não meramente cooperativo, mas participativo²⁴, pois, à ética do autor o processo é um ambiente próprio de conflito. De fato, tratar-se-ia uma ingenuidade acreditar que os sujeitos do processo vão se ajudar mutuamente. Afinal, litigantes são adversários, buscam resultados antagônicos. Contudo, não é disso que o autor se refere a um processo cooperativo, pois as partes devem atuar de forma co-participativa, na formação de um resultado justo e efetivo às ambas as partes, de forma que legitimem o resultado a ser alcançado por meio do devido processo legal e contraditório substancial.

²² DIDIER, Fredie. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: JusPodium, p. 98.

²³ DIDIER, Fredie. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: JusPodium, p. 98.

²⁴ CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2021, p. 12.

Corroborando, Daniel Mitieiro²⁵ que afere no dever cooperativo entre partes uma lógica cabalmente adversária. Esse binômio de pensadores assenta que o dever cooperativo das partes encontra-se limitado, visto que o processo é em sua essência ambiente de conflito entre partes antagônicas de interesses conflitantes, muitas das vezes cujos conflitos fogem ao campo do direito e adentram à vida pessoal dos litigantes. Logo, evidencia-se utópico exigir dessas partes o dever de cooperar entre si, mas não é isso de que se trata o modelo cooperativo de processo, trata-se do dever de cooperar com o magistrado e do magistrado com essas partes, na visão desses autores supracitados.

Além da cooperação entre litigantes, o modelo participativo de processo impõe ao magistrado novos deveres²⁶, dentre eles; o dever de esclarecimento, o dever de consulta, o dever de prevenção e o dever de auxílio. Conforme assente Erick Navarro Wolkart, o primeiro dever trata-se do dever de esclarecimento, nele o magistrado deve, em casos de dúvidas e indagações das partes, esclarecê-las a fim de adotar a devida medida legal. O segundo dever, o dever de consulta, exige do magistrado a obrigação de indicar as deficiências das postulações das partes, indicando a tutela adequada e conferindo a oportunidade de correção do feito, cuja finalidade principal é a vedação da decisão surpresa. O terceiro dever, por sua vez, consubstancia no dever da prevenção no qual o juiz deve determinar a correção de vícios processuais. Por fim, o dever de auxílio, trata-se da possibilidade de atuação complementar do magistrado a fim de facilitar o preenchimento de requisitos essenciais, presentes no Art. 319, para a aptidão da petição inicial. Em suma, tais poderes-deveres do magistrado e diversos outros encontram-se expressos no art. 139 do CPC/2015 e tratam-se, principalmente, de deveres cooperativos, que visam a tutela satisfativa da prestação jurisdicional com visas a assegurar a primazia da resolução de mérito.

Nesse sentido, foi proposto e aprovado o Enunciado n. 373 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que assente no seguinte sentido; “As partes devem cooperar entre si; devem atuar com ética e lealdade, agindo de modo a evitar a ocorrência de vícios que extingam o processo sem resolução do mérito e cumprindo com deveres mútuos de esclarecimento e transparência.”

²⁵ MITIEIRO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo v. 2. P. 83-97, 2015.

²⁶ WOLKART, Erik. **Análise Econômica do Processo Civil**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 218.

Nessa linha, o contraditório evidencia-se como a garantia de participação substancial no resultado do processo, no direito de ser ouvido e, de fato, influenciar nas linhas decisórias do processo. Converte nesse sentido o exposto nos parágrafos 9 e 10 do NCPC quando aduzem que; "Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida" e "O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício."

Conforme Nelson Nery Júnior:

A proibição de haver a decisão surpresa no processo, decorrência da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele seja a requerimento da parte ou do interessado ex officio.²⁷

Ademais, a boa-fé evidencia-se como corolário devido processo e do contraditório. Visto que comportamentos no processo geram legítimas expectativas e confianças legítimas que devem ser protegidas pelo ordenamento jurisdicional pátrio. A boa fé divide-se em, boa-fé objetiva "Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé." Enquanto a boa-fé subjetiva é elemento integrante de alguns fatos jurídicos e serve, portanto, como suporte fático, tais como a litigância de má-fé e propósito protelatório - suporte fático para a concessão da tutela de evidência.

Dessa forma, segundo Wolkart, os deveres cooperativos existem para aumentar a quantidade de bem-estar de uma determinada sociedade. Normativamente, no Brasil, esses deveres são todos aqueles capazes de realizar os objetivos inscritos no art. 6º do CPC/2015.

Contemporaneamente, porém, trata-se de algo que só será possível, conforme será visto no próximo capítulo, a partir da presença dos incentivos normativos que tornem o comportamento cooperativo uma estratégia dominante no jogo processual. O processo civil, portanto, é uma norma de ordem pública, que representa um instrumento de garantia a um acesso efetivo à Justiça cujos princípios, tais como acesso e gratuidade de Justiça, por serem de caráter abstrato, muitas vezes evidenciam-se em um imbróglio para a tomada da decisão mais

²⁷ NERY, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 215.

efetiva, ao não levar-se em consideração as consequências de tal decisão. Nesse escopo, muito relevante as alterações fomentadas pela Lei n. 13.655/2018.

1.3 NOVA LINDB E O PRAGMATISMO JURÍDICO

Neste subcapítulo, o trabalho discorre sobre as alterações promovidas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), mostram-se imprescindíveis para uma jurisdição efetiva. Em 2018, a partir da positivação da Lei n. 13.655 – denominada “Lei da Segurança para a Inovação Pública”, com o acréscimo dos artigos 20 a 30, o legislador reconheceu a grande necessidade contemporânea de garantir segurança jurídica tanto às decisões judiciais, quanto ao administrador público para a tomada de decisões. Com isso, instaurou-se no ordenamento público pátrio, inclusive no CPC, o dever de pautar-se as decisões por meio de uma ótica pragmática e consequencialista.

As alterações mais relevantes nesse campo, cujo escopo do trabalho abarca, foi a adição dos artigos 20 e 21 da referida lei, *in verbis*;

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Nesse prisma, trata-se de uma tentativa de efetivar um direito com diversas perspectivas, em constante diálogo com outras ciências. Quando o artigo 20 discorre que “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, isso quer dizer que hoje, não basta apenas decisões pautadas apenas no direito. Mas, para a efetivação de decisões, deve estar inserido, sobretudo, em um escopo maior de visão, em constante diálogo com outras ciências, que fundamente de fato a decisão, a fim de perquirir faticamente quanto a necessidade, proporcionalidade em sentido estrito e adequação das decisões, a partir de uma lógica pragmática e consequencialista.

O propósito dos artigos supracitados se deve à necessidade de garantir segurança jurídica às decisões, qualificando-as por uma multidisciplinariedade, com arranjos que possam fundamentar as consequências da decisão. Tal medida evidencia-se imprescindível para o

direito à medida que segundo Daniel Sarmento²⁸, no Brasil há uma “carnavalização” dos princípios, uma vez que, por “estarem na moda” devido sua “bonita estética,” são utilizados para tudo de forma desmedida e exagerada, o que diminui a previsibilidade das decisões, visto que princípios, como afere Alexy, são mandamentos de otimização e, portanto, possuem uma natureza geral e abstrata. Segue Daniel Sarmento tecendo suas críticas à chamada carnavalização de princípios:

Os princípios constitucionais, de teor mais vago, acabam servindo para tudo, no contexto de uma cultura jurídica que vê como mais culta sua invocação do que o recurso às regras legais. Com frequência, tais princípios são empregados sem a devida fundamentação. Paga-se por isto um preço caro em termos de segurança jurídica – já que as decisões judiciais se tornam imprevisíveis – e de democracia – pois os cidadãos ficam sujeitos aos gostos e às preferências de magistrados não eleitos.²⁹

Na mesma linha, Carlos Ari Sundfeld³⁰, aduz que “hoje um ambiente de ‘geleia geral’ no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”. Logo, nesse cenário nascem as alterações propostas pela Nova LINDB.

Gustavo Binbenbojm chama esse movimento de giro pragmático do direito³¹. Segundo o autor, trata-se de uma tendência contemporânea que consiste na criação de uma estratégia prescritiva de análise e decisão em busca de soluções aptas a alcançar os melhores resultados práticos para os problemas enfrentados pela Administração Pública de uma forma geral. Logo, evidencia-se um período de novos olhares sobre princípios fundantes do ordenamento pátrio, tal como princípio da inafastabilidade de jurisdição, para, de fato, efetivar tais direitos, tirando-os do papel com formas consequencialistas de melhor implementá-los, fugindo apenas de uma bonita retórica, geral e abstrata.

²⁸ SARMENTO, Daniel. O STF não é o centro do constitucionalismo. **Os Constitucionalistas**, 2014. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-e-o-centro-do-constitucionalismo>. Acesso em 14/11/2022.

²⁹ ALEXY, R. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 217, p. 67–79, 1999. DOI: 10.12660/rda.v217.1999.47414. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>. Acesso em: 5 dez. 2022.

³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio é preguiça**. Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205.

³¹ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação e Regulação**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016, p. 37.

Essas alterações advém da chamada teoria da decisão³². Tal teoria consiste em ponderar as reais consequências de uma decisão jurídica e adequá-la para torná-la a mais efetiva e desejável socialmente. Melhor dizendo, uma decisão não deve pautar-se somente com base em normas e princípios - tal situação agrava-se quando as decisões pautam-se majoritariamente por princípios gerais e abstratos, tais como função social dos contratos ou das propriedades e dignidade da pessoa humana -, mas deve pautar-se, sobretudo, a partir de uma análise social, econômica e estatística daquela decisão e quais comportamentos devem ser encorajados ou desencorajados.

Desse modo, a hermenêutica pragmática deve incorporar-se aos deveres de motivação e fundamentação do magistrado. É preciso que a hermenêutica pragmática seja lida a partir do dever de fundamentação expresso no art. 93, IX, da Constituição, segundo a qual “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. conforme leciona Fredie Didier Jr.:

O art. 20 da LINDB funciona como mais um parágrafo do art. 489 do CPC, seja porque estabelece mais um postulado normativo (tal como os §§2o e 3o do art. 489), seja porque estabelece mais uma situação em que a fundamentação pode ser considerada deficiente (tal como o §1o do art. 489)²³ – nesse sentido, inclusive, o desatendimento do disposto no parágrafo único do art. 20 da LINDB é omissão apta a ensejar a oposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1.022, II, par. ún., II, do CPC.³³

Dessa forma, o pragmatismo e o consequencialismo jurídico evidenciam-se como premissas fundantes na teoria da decisão jurídica. Ambas as correntes de pensamento defendem que as decisões judiciais não podem basear-se somente com base em normas e princípios - defendidos por Alexy³⁴ como mandamentos de otimização -, mas, sob uma análise multifocal, a partir de um prisma econômico, social, filosófico, com fundamento nas estatísticas que envolvam o assunto em questão. Trata-se, portanto, de uma com a previsão de eventuais resultados e consequências, abarcada da devida fundamentação e não somente algo que advém de conceitos normativos e jurídicos abstratos.

³² PINHEIRO, Armando, PORTO, Antônio, SAMPAIO, Patrícia. **Temas em Direito e Economia do Trabalho**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2021, cap. 5.

³³ DIDIER, Fredie. **Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão**: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** n. 73, jul./set. 2019, p. 124

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90-91.

Conforme leciona Luis Roberto Barroso:

O pragmatismo judicial. Trata-se de uma modalidade de interpretação constitucional que procura produzir resultados que sejam "bons" para o presente e para o futuro (com base em algum critério de determinação do que seja bom), sem dever o intérprete se vincular ao texto, aos precedentes ou à intenção original dos constituintes. A melhor decisão, para o pragmatismo, é a que gera melhores consequências práticas, não a que seja mais coerente com o texto constitucional ou com seus valores fundamentais. O pragmatismo é consequencialista e contextualista: o que importa são as consequências da decisão, e estas devem ser avaliadas no contexto em que a decisão se insere.³⁵

Nesse prisma, o pragmatismo jurídico, em linhas gerais, é uma corrente filosófica de origem estadunidense, cujo principal acréscimo ao direito representa a inclusão, no processo decisório, de metodologias e de outras áreas do saber que possam auxiliar na resolução daquele caso concreto, a fim de se obter a melhor resolução de mérito. Afasta-se, portanto, a tomada de uma linha decisória pautada exclusiva, ou principalmente, abarcada por valores jurídicos abstratos e gerais.

Segundo Richard Posner:

O pragmatismo significa olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência das limitações da razão humana, como consciência do 'caráter local' do conhecimento humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da inalcançabilidade da 'verdade', da conseqüente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação, do fato de esta última depender da cultura e das instituições sociais e, acima de tudo, da insistência em que o pensamento e a ação sociais sejam avaliados como instrumentos a serviço de objetivos humanos tidos em alto apreço, e não como fins em si mesmos. Tais disposições, que são mais características de cientistas do que de advogados (e num sentido importante o pragmatismo é a ética da investigação científica), não tem valência política.³⁶

Desse modo, ao pragmatismo interessa a diferença, em termos de efeitos práticos, da adoção de uma ou outra proposição. Thamy Pogrebinschi³⁷ identifica uma matriz pragmatista como um núcleo comum do pragmatismo filosófico, que pode ser traduzido em três elementos fundamentais:

Conforme assente Thamy Pogrebinschi, o pragmatismo possui três premissas fundantes; (i) o antifundacionismo, (ii) o contextualismo e (iii) o consequencialismo. Primeiro, o

³⁵ BARROSO, Luis. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Ed. SaraivaJur, 2019, p. 273.

³⁶ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 358 e 380.

³⁷ POGREBINSCHI, Thamy. **Teoria Social e Política**. Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro. Vol. 43, n. 4, 2000. P. 109.

antifundacionismo consiste na rejeição de fundações estáticas, tais como princípios perpétuos e abstratos, desse modo, a postura pragmática é essencialmente crítica e experimental, sempre aberta a novas possibilidades que possam falsear as hipóteses até então descritas como verdadeiras.. Segundo, o contextualismo consiste na noção de que a decisão deve valorar o contexto moral e filosófico daquela sociedade, para estar de acordo com a vontade daquela sociedade. Terceiro, o consequencialismo, nesse ponto afere-se que as decisões devem ser concebidas a partir de suas consequências práticas, devendo valorar necessariamente os seus efeitos, levando-os em consideração para a tomada da melhor decisão.

Nessa senda, diversas decisões, principalmente proferidas pelo d. Min. Do Supremo Tribunal Federal (STF) Luis Roberto Barroso, contém um caráter pragmático e consequencialista na tomada de decisões. Como primeiro exemplo, o presente trabalho visa elucidar as razões pelas quais o d. Ministro em sede de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n. 7.222 do Distrito Federal³⁸, sob sua relatoria, in verbis:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSO LEGISLATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 14.434/2022 E EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 124/2022. PISO SALARIAL DOS PROFISSIONAIS DE ENFERMAGEM. AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO DE IMPACTO, PONDO EM RISCO VALORES CONSTITUCIONAIS. CAUTELAR DEFERIDA.

1. Ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei no 14.434/2022, que altera a Lei no 7.498/1986 para instituir o piso salarial nacional do enfermeiro, do técnico de enfermagem, do auxiliar de enfermagem e da parteira, a ser aplicado (a) aos profissionais contratados sob o regime da CLT; (b) aos servidores públicos civis da União, das autarquias e fundações públicas federais; e (c) aos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e fundações.

2. As questões constitucionais postas nesta ação são sensíveis. **De um lado, encontra-se o legítimo objetivo do legislador de valorizar os profissionais, que, durante o longo período da pandemia da Covid-19, foram incansáveis na defesa da vida e da saúde dos brasileiros. De outro lado, estão os riscos à autonomia dos entes federativos, os reflexos sobre a empregabilidade no setor, a subsistência de inúmeras instituições hospitalares e, por conseguinte, a própria prestação dos serviços de saúde.**

3. É preciso **atenção**, portanto, **para que a boa intenção do legislador não produza impacto sistêmico lesivo a valores constitucionais, à sociedade e às próprias categorias interessadas.**

II. NECESSÁRIA AVALIAÇÃO DOS IMPACTOS DA MEDIDA LEGISLATIVA

6. Antes de tudo, porém, valores e bens jurídicos constitucionais substantivos **impõem a avaliação prévia** acerca (a) do impacto financeiro e orçamentário sobre

³⁸ BRASIL. STF. ADI 7.222. Min. Rel. ROBERTO BARROSO. Dje. 22/11/2022.

Estados e Municípios e os riscos para sua solvabilidade (CF, art. 169, § 1o, I); (b) do impacto sobre a empregabilidade no setor, tendo em vista as alegações plausíveis de demissões em massa trazidas aos autos (CF, art. 170, VIII); e (c) do impacto sobre a prestação dos serviços de saúde, pelo alegado risco de fechamento de hospitais e de redução nos quadros de enfermeiros e técnicos (CF, art. 196).

Não é apenas de boas intenções que se faz o direito e o presente caso, sob à luz da análise econômica do direito (AED) demonstra isso perfeitamente. O caso em questão denota sensível valor social visto que trata-se, em verdade, de uma mudança legislativa, implementada pela Lei n. 13.434 de 2022 que altera a Lei n. 7.498 de 1986, para aumentar substancialmente o salário, por meio da instituição de pisos salariais nacionais dos enfermeiros, técnicos de enfermagem, auxiliares de enfermagem e das parteiras. Logo, trata-se de uma medida, à primeira vista, em prol dos enfermeiros e seus pares, que foram verdadeiros heróis nos tempos do coronavírus.

De fato, em um país com números alarmantes quanto ao número de infectados³⁹ - 34.908.198 (trinta e quatro milhões e novecentos e oito mil e cento e noventa e oito pessoas) -, recuperados - 34.115.188 (trinta e quatro milhões e cento e quinze mil e cento e oitenta e oito pessoas) - e óbitos - 688.656 (seiscentos e oitenta e oito mil e seiscentos e cinquenta e seis pessoas) - provenientes da covid-19, sendo o Brasil o terceiro país a liderar o famigerado ranking⁴⁰ de número de mortes pelo covid-19, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS).

Nessa linha, a enfermagem, aliado aos médicos, evidenciaram-se como os verdadeiros heróis do país em tempos de pandemia. Em um cenário de riscos, seja pela falta de medicamentos e receitas adequadas a lidar com o novo vírus, seja pela alta possibilidade de auto contaminação do vírus que pode resultar na morte dos profissionais da saúde, essa classe mostrou-se heróica em tempos de pandemia.

De fato, a Lei n. 13.434 de 2022 visa valorizar tais profissionais, por meio de um aumento substancial na folha salarial dos heróis da pandemia. Não obstante, o cumprimento dos pisos salariais nacionais pelos entes subnacionais gera preocupações relevantes sobre

³⁹ BRASIL. Painel Coronavírus. **CORONAVÍRUS BRASIL**, 2022. Disponível em <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 05/12/2022.

⁴⁰ MOREIRA, Assis. Brasil é o terceiro país com mais mortes por covid-19 no mundo na semana. **Valor Econômico**. Disponível em: <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2022/09/07/brasil-o-terceiro-pas-com-mais-mortes-por-covid-19-no-mundo-na-semana.ghtml>. Acesso em 05/12/2022.

eventual risco federativo, visto que, segundo levantamento realizado pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) registra um incremento financeiro necessário ao cumprimento dos pisos será de R\$ 4,4 bilhões ao ano para os Municípios, de R\$ 1,3 bilhões ao ano para os Estados e de apenas R\$ 53 milhões ao ano para a União.

Nesse sentido, o incremento de custos previsto para esse setor, na estimativa do DIEESE, é de R\$4,5 bilhões ao ano. Tais valores, segundo o voto do Min. Barroso “ têm potencial para impactar as finanças públicas, já que, diante de eventual desequilíbrio econômico-financeiro que sobrevenha aos convênios e contratos formalizados para a prestação de serviços ao SUS, é esperado que os particulares busquem a revisão de suas cláusulas em face dos Estados e Municípios celebrantes.”

Ademais, não se trataria de apenas um aumento de despesas enorme ao setor público, mas tais aumentos evidenciaram também uma enorme despesa aos setores privados. Converte para esse entendimento uma pesquisa realizada pela Associação Nacional de Hospitais Privados⁴¹ (Anahp) e outros institutos. Nessa pesquisa ficou claro que, a fim de respeitar as novas disposições legais implementadas pela instituição do piso nacional de enfermagem, como resultado 77% delas responderam que precisarão reduzir o corpo de enfermagem; 65% terão que reduzir pessoal em outras áreas e 51% disseram que reduzirão o número de leitos.

Em última instância, implicar-se-á na demissão em massa de funcionários, diminuição de leitos e serviços disponíveis pelas redes hospitalares. Ademais, mostra-se um desrespeito instituir um piso nacional em um país de dimensão continental, cujas diferenças econômicas entre regiões e estados não podem ser desconsideradas. Por exemplo, enquanto que no estado de São Paulo o aumento salarial para se atingir o novo piso de enfermagem seria de apenas 10%, no estado da Paraíba, por sua vez, tal aumento traduziria um acréscimo de 131%. Logo, não se mostra proporcional em sentido estrito e adequado, a partir dos dados demonstrados, instituir o mesmo piso para todas as regiões do país.

Nesse sentido, em que pese a boa-fé do legislador para implementar merecidos aumentos para tal classe laboral, tais medidas não se revelam, nesse primeiro momento, aptas

⁴¹ **BRASIL**. STF. ADI 7.222. Min. Rel. ROBERTO BARROSO. Dje. 22/11/2022, p. 23.

para tanto, mas implicaria em uma demissão em massa desses trabalhadores. Mas, a partir de uma análise consequentialista e pragmática, faz-se necessário entender os riscos da implementação dessa medida, em relação à qualidade do serviço, viabilidade econômica federativa e empregabilidade, antes de efetuar-la, pois os efeitos práticos da mesma podem ser diametralmente opostos à vontade teleológica do legislador.

Logo, o pragmatismo jurídico, faz-se necessário para assegurar a efetividade da jurisdição e promover segurança jurídica. Nesse prisma, as críticas de Carlos Ari e Daniel Sarmiento mostram-se pertinentes, e o direito deve caminhar imbuído em noções consequentialistas. Em suma, o pragmatismo deve aliar-se à Nova Teoria Geral do Direito Processual Civil Constitucional, a fim de garantir segurança jurídica e efetivo acesso à justiça.

2. DO ACESSO À JUSTIÇA

Primeiro, as normas jurídicas em geral são dotadas do atributo da imperatividade. Em casos de descumprimento dessa imperatividade, seja por uma ação, seja por omissão, o sistema constitucional e infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetados e restauração da ordem jurídica. Estes meios são a ação e a jurisdição: ocorrendo uma lesão, o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo pode ir a juízo postular reparação. Logo, o acesso à justiça impera como princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

O acesso ao sistema jurídico, evidencia-se como um pilar basilar do Estado Democrático de Direito. Em um estado constitucional, onde garantias individuais e coletivas devem ser respeitadas, o poder de reclamar, ser substancialmente ouvido e influenciar na decisão do juiz natural em juízo competente, ter a tutela jurisdicional resolvida em tempo hábil, trata-se de elemento fundamental para a efetivação dos direitos e garantias expressos na carta magna de 1988.

De certo, desde a década de 1970 o italiano Mauro Cappelletti exerce enorme influência no ordenamento jurídico brasileiro que se dedicou a estudar e identificar os principais obstáculos para a efetivação dos direitos em diferentes países e apresentar soluções para superá-los. Seu principal trabalho foi a coordenação de uma pesquisa de direito comparado chamada "Projeto Florença de Acesso à Justiça".

Na concepção de Cappelletti e Garth, o acesso à justiça deve ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – do sistema constitucional processual. Sua finalidade é garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Nesse sentido, a Constituinte de 1988 em seu art. 5º, XXXV, dispõe expressamente sobre o princípio da inafastabilidade da jurisdição ao dispor que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Trata-se do direito fundamental que garante o cumprimento de todos os demais direitos fundamentais. O desrespeito ao pleno acesso à justiça implica na violação da dignidade da pessoa humana, fundamento primeiro do Estado Democrático de Direito.

Contudo, o presente trabalho visa dar um prognóstico do atual cenário de acesso efetivo à justiça, para muito além de um mero acesso ao judiciário, ao passo que o processo evidencia-se como veículo em prol da concretização de direitos materiais. Pois, por vezes, constata-se violação à dignidade das pessoas deficientes devido à omissão e ineficiência do poder público em efetivar as garantias e direitos fundamentais descritos na norma constitucional. Diante dessa realidade, verifica-se o fortalecimento do Poder Judiciário, que através de um excepcional ativismo deve propiciar a concretização dos direitos fundamentais.

Pois, como expressa a lição de Carlos Moreira na exposição de motivos do CPC/2015; sendo o sistema processual mostra-se ineficiente, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correta realização, no mundo empírico, por meio do processo.

2.1 CONCEPÇÃO CLÁSSICA DE ACESSO À JUSTIÇA E A TRAGÉDIA DOS COMUNS

De fato, no art. 3º do Código de Processo Civil, no capítulo das normas fundamentais do processo civil, reproduz-se a referida garantia de inafastabilidade de jurisdição prevista no art. 5, XXXV da CRFB/88, ressaltando em seus parágrafos a importância da solução consensual dos conflitos, que deverá ser promovida pelo Estado sempre que possível, além de estimulada no curso do processo judicial.

Além disso, o acesso à justiça é um direito reconhecido nos mais importantes ordenamentos. Em sua matriz externa, no art. 6º, 1, primeira parte, da Convenção Europeia de

Direitos Humanos, ao estabelecer o direito a um processo equitativo, dispõe que: "Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei".

A expressão "acesso à justiça"⁴², em sua visão mais clássica, serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico; o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos de forma igualitária e resolver seus litígios sob a tutela do Estado, por meio de resultados socialmente justos.

Conforme leciona André Ramos Tavares:

Esse princípio é um dos pilares sobre o qual se ergue o Estado de Direito, pois de nada adiantariam leis regularmente votadas pelos representantes populares se, em sua aplicação, fossem elas desrespeitadas, sem que qualquer órgão estivesse legitimado a exercer o controle de sua observância. O próprio princípio da legalidade, portanto, como já observado, requer que haja a apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo órgão competente.⁴³

Muito além de uma mera proteção ao princípio da legalidade, o sistema jurídico constitucional vela e se ergue por meio do princípio da jurisdicionalidade. Trata-se de um princípio cuja imposição dialética advém da normatividade de diversos diplomas, sejam legais, sejam supra-legais, sejam constitucionais, tais como o bloco de constitucionalidade e a Constituição federal.

De fato, o acesso à justiça deve ser encarado para além de um direito, trata-se, de um requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos⁴⁴. Em um sistema jurídico moderno que vise, não apenas proclamar direitos individuais e alheios a partir do mero acesso ao judiciário, mas, principalmente, garantir tais direitos. Nessa senda, discorrem Cappelletti e Garth:

O acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.⁴⁵

⁴² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

⁴³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 627.

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, P. 12.

Cappelletti e Garth, no chamado “projeto de Florença”, se depararam com inúmeros entraves que se apresentam a um pleno direito de acesso à justiça. Tais entraves, consubstanciaram-se, principalmente, no que tange às custas judiciais - seja pelo prejuízo causado às pequenas causas, seja pelos custos decorrentes da demora do processo -, às disparidades de armas das partes, ao reconhecer que certos litigantes experimentam vantagens ou desvantagens em razão dos recursos financeiros de que dispõem e da aptidão para reconhecer um direito e, por fim, aos problemas especiais dos interesses difusos, no tocante a falta de tutela jurídica a certos interesses ou pela falta de alguém legitimado a buscar sua proteção.

Consoante com o exposto, as soluções práticas para os problemas de acesso à justiça de Cappelletti e Garth⁴⁶, definidas pelos autores como as ondas de acesso à Justiça. De fato, as tentativas de solução de entraves foram divididas em três ondas; a primeira onda tratar-se-ia da assistência judiciária para os mais carentes economicamente, a segunda onda destina-se à tutela dos interesses difusos, compreendendo direitos coletivos e genéricos e, por último, a terceira onda, referente a um novo enfoque de acesso à justiça, no que tange, principalmente, ao direito de representação e em diversas reformas no sistema judiciário, tais como a utilização de mecanismos destinados a evitar litígios ou facilitar sua solução. Conforme aponta Felipe Borring Rocha;

Na esteira desse pensamento, Cappelletti sustenta que o problema do acesso à justiça deve se centrar na busca pela efetividade dos direitos sociais criados pelo Welfare State, para que se tornem capazes de promover a real melhoria da situação econômico-social dos indivíduos, e também pela busca de mecanismos de racionalização e controle deste mesmo aparato governamental, para proteção contra os abusos que ele pode causar, direta e indiretamente.⁴⁷

Para além de um mero acesso à justiça, em decorrência da inércia do Poder Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário revela-se como a última instância a se recorrer para a garantia de direitos fundamentais. O Brasil, ao constituir-se em Estado Democrático de Direito atraiu para si, a responsabilidade de efetivar e tutelar a dignidade da pessoa humana, de modo a concretizar a realização dos direitos fundamentais a todos e garantir o mínimo existencial aos seus cidadãos. Contudo, a realidade se evidencia deveras diferente ao descrito. Diante de um

⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31.

⁴⁷ BORRING, Felipe. **Princípio da Jurisdição Equivalente**. Bahia: JusPodium. 2019, p. 78

cenário de intensa omissão pública e violação massiva do princípio da dignidade da pessoa humana, nasce o fenômeno do ativismo judicial.

Diante desse cenário, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45, consignou-se que:

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794- 796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). **É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.** Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”(RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A partir desse contexto, mostra-se evidente que o ativismo judicial é medida excepcional e subsidiária, em relação à atuação para fomento de direitos. Trata-se, todavia, de medida justificada diante de tamanhas omissões públicas vista todos os dias pelo Brasil, seja por falta de moradia, seja por falta de educação, seja por falta de saneamento. Em respeito ao princípio democrático o ativismo judicial deve ser considerado opção legítima para concretização de direitos.

Nessa senda, o sistema deve ser igualmente acessível a todos e, além disso, deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Não obstante, muito além de um

simples direito ao acesso ao Poder Judiciário, tal garantia apenas se perfaz se o acesso for a uma ordem jurídica justa⁴⁸. Tal ordem deve ser interpretado a partir do centro axiológico de todo ordenamento constitucional contemporâneo - a dignidade da pessoa humana - tendo também em vista o modelo constitucional de processo civil⁴⁹, consubstanciado pelo amplo acesso, pelo devido processo legal e pela obtenção de uma decisão justa e eficaz em tempo razoável.

Nesse ponto a fim de viabilizar-se o acesso à justiça, o Estado tem o dever prestar auxílio⁵⁰ ao demandante destituído de boa situação econômica e proporcioná-lo um advogado gratuito. Bem como retirar possíveis obstáculos dos particulares, tais como isentá-los do pagamento de taxas judiciárias e de quaisquer custas e despesas processuais - tais como emolumentos -, inclusive aquelas necessárias à produção de provas - a fim de se obter uma tutela jurisdicional efetiva.

Tal posicionamento encontra amparo constitucional no seu inciso LXXIV do art. 5o, o seguinte: "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Mostra-se notória, portanto, a preocupação do constituinte originário em assegurar o pleno acesso à justiça, principalmente àqueles que não possuam condições financeiras, denominados pelo ordenamento como hipossuficientes.

Em consonância com o dispositivo supracitado, o art. 134 da CFRB/88 dispõe que "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5o, LXXIV". A defensoria pública, evidencia-se como órgão cuja função consiste em promover efetividade aos mais carentes da Federação Brasileira, à luz do princípio da isonomia e paridade de armas. Em suma, trata-se de função de caráter essencial, exigindo-se sua estruturação como instituição autônoma, dotada de servidores de carreira, na qualidade de órgão de Estado - conforme entendimentos do STF, conforme julgamentos das ADIs 3.700 e 4.270.

⁴⁸ WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2019.

⁴⁹ CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2021, p. 7.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao artigo 5o, inciso XXXV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 361.

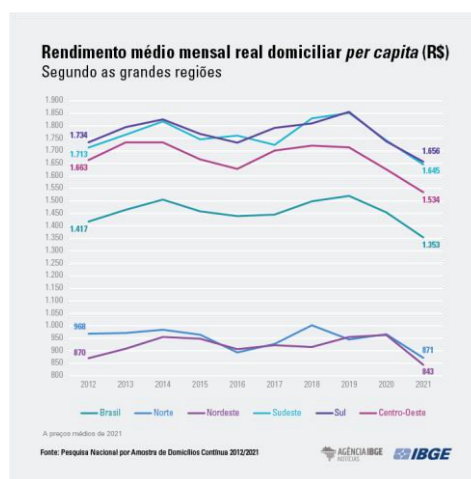
A guarda aos direitos dos hipossuficientes também encontra-se positivada na legislação infraconstitucional, principalmente no art. 98 do NCPC, veja-se; “A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários.” No que tange à comprovação da hipossuficiência, “presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.”, conforme o parágrafo terceiro do art. 99. Nesse sentido, trata-se de critério não objetivo, cujas repercussões e consequências serão aferidas adiante no presente trabalho, em seu capítulo 3.

Nessa senda, a jurisprudência brasileira revela-se bastante generosa no que diz respeito aos critérios para a concessão da gratuidade de justiça. Como exemplo disso, o deciso do REsp 263.781 de 2001, afere que “O benefício da assistência judiciária gratuita deve ser deferido considerando não apenas os rendimentos mensais, mas, também, o comprometimento das despesas, no caso, uma família com seis dependentes, embora dispondo de moradia e carro, com o que fazem melhor justiça os paradigmas que consideram justificável a assistência judiciária em famílias com rendimentos que alcançam pouco mais de quinze salários mínimos.”.

Segundo os dados colhidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁵¹, a renda média do brasileiro atingiu o menor valor em sua série histórica no ano de 2021. De acordo com os dados, a renda média mensal do brasileiro caiu de 1.450 reais em 2020 para 1.353

⁵¹Renda média do brasileiro atinge o menor valor da série histórica, diz IBGE, 2022. **Carta Capital**. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/economia/renda-media-do-brasileiro-atinge-o-menor-valor-da-serie-historica-diz-ibge/>. Acesso em 05/12/2022.

em 2021. Além disso, há um abismo de renda entre as regiões Sul e Sudeste, em relação ao Norte e Nordeste, o que caracteriza uma grande desigualdade regional. Veja;



Sugere-se, portanto, a partir de uma análise simples do gráfico, que a concessão do benefício de gratuidade de justiça trata-se de uma regra, não mera exceção. Contudo, em que pese haja o direito constitucional de acesso à justiça e os meios para que tal direito possa ser exercido, como, por exemplo, o benefício da gratuidade de justiça e o órgão da Defensoria Pública, há no Brasil, uma inefetividade da prestação jurisdicional. Tal fenômeno nasce muito antes da Constituição de 1988, sendo documentado desde as épocas de Brasil colônia. Segundo o historiador Stuart Schwartz⁵²:

Queixas de excesso de trabalho, feitas pelos magistrados, devem ser encaradas com reservas, mas o volume e a consistência de pleitos semelhantes, oriundos de várias fontes, não podem ser ignorados. Juízes ausentes de Salvador em investigações especiais, atribuições extras de natureza administrativa e um grande número de casos à espera de julgamento combinavam para retardar o processo judicial. (...) Só uma série de queixas em 1698 finalmente conseguiu aumentar o contingente do Tribunal Superior para dez juízes, mas o crescimento da colônia e os compromissos cada vez mais numerosos dos desembargadores não resultaram num decréscimo das pressões sobre o cargo magistrático. (...) O volume de litígios excedia em muito o tempo disponível. (...) O volume de recursos civis costumava ser tão grande que sobrava pouco tempo para outros casos. Como resultado, pessoas acusadas de delitos criminais

⁵² SCHWARTZ, Stuart. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 205-206.

geralmente padeciam meses, ou anos, na decrepita cadeia de Salvador, sofrendo extremas privações; alguns até morriam de fome.⁵³

De fato, o fenômeno relatado acima vai muito além do período colonial brasileiro e representa uma máxima até os dias de hoje, a morosidade processual. Barbosa Moreira, atribuiu a morosidade dos processos no Brasil série de questões, veja-se:

Longa série de questões: falhas da organização judiciária, deficiências na formação profissional de juízes e advogados, precariedade das condições sob as quais se realiza a atividade judicial na maior parte do país, uso arraigado de métodos de trabalho obsoletos e irracionais, escasso aproveitamento de recursos tecnológicos.⁵⁴

Ora, uma justiça tardia representa uma falha na efetividade da jurisdição e no próprio acesso à justiça. Os infindáveis trâmites processuais impõe uma verdadeira barreira à efetividade da prestação jurisdicional do Estado perante as demandas individuais. Tal inefetividade representa, em última instância, uma falha na prestação de uma garantia constitucional.

Além da estabelecida morosidade processual e seus diversos fatores, cabe ressaltar o contraste entre os números de judicialização do Brasil, em relação a países de primeiro mundo, mais notadamente de países da União Europeia. Tais números aqui apresentados foram expostos pelo Min. Roberto Barroso⁵⁵ e por Erik Wolkart⁵⁶.

País	Casos Novos	Casos Resolvidos	Casos Pendentes	Processos por Habitante
Alemanha	241.000	1.400.000	744.500	1/109
Espanha	2.150.000	2.180.000	1.140.000	1/41
França	2.280.000	2.260.000	1.800.000	1/37
Itália	4.000.000	4.370.000	4.500.000	1/13.5
Brasil	28.900.000	28.500.000	72.000.000	1/2.8

⁵³ SCHWARTZ, Stuart. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores. Companhia das Letras. São Paulo, 2011. P. 205-206.

⁵⁴ MOREIRA, Carlos. **Notas Sobre o Problema da "Efetividade" do Processo**. São Paulo: Revista Temas de Direito Processual, 2011, p. 32.

⁵⁵ **BRASIL**. STF. ADI 5766. Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES. DJE 29/06/2022, p. 12.

⁵⁶ WOLKART, Erik. **Análise Econômica do Processo Civil**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 92.

Os números apresentam uma quantidade assustadora de processos, sendo, praticamente, 1 processo judicial a cada 3 brasileiros, enquanto na Alemanha tal número é de 1 processo a cada 109 habitantes. De modo que o ministro Barroso foi além e fez uma análise comparativa com relação ao custo do aparato judiciário por PIB dos países, referente ao ano de 2012.

Segundo análise do ministro, comparativamente com outros países, o gasto com o Judiciário no Brasil é muito mais elevado. Enquanto em 2016, o Brasil havia gasto 1,30% do PIB com o custeio da Justiça; a Espanha, 0,12%; os Estados Unidos e a Inglaterra, 0,14%; a Itália, 0,19%, Portugal, 0,28%; a Alemanha, 0,32%; e a Colômbia, 0,97% do PIB.

Contudo, novamente cabe frisar, que tal análise não poderia expressar se tais gastos possuem um caráter negativo ou positivo em relação ao custo do aparato judiciário brasileiro, se tais gastos são excessivos ou inadequados. Nada obstante, é importante destacar que representa uma fração significativamente maior do que o PIB dos outros países.

Após essa breve análise comparativa que revelam numericamente tanto, gastos demasiadamente elevados em comparação percentual com seus pares internacionais, quanto um número elevadíssimo de causas por pessoa no Brasil. Nesse sentido, o presente trabalho entende o aparato judiciário como um bem comum, enquanto bem comum/coletivo de toda uma sociedade passível de gozo e fruição particular de cada indivíduo. Nessa linha, em que pese o indivíduo exerça poderes reais sobre a coisa, a mesma deve ser administrada em prol do coletivo, visando também aliar e garantir interesses particulares.

Na famosa alegoria de Hardy, conhecida como a Tragédia dos Comuns, entende-se dessa teoria que a utilização hiperbólica de um bem comum para proveito individual, gera o esgotamento desse bem comum. Hardy utiliza-se da alegoria formulada pelo matemático William Foster Loyd; Imaginemos um pasto⁵⁷, ou um campo, aberto para utilização coletiva

⁵⁷ HARDIN, Garret. *The Tragedy of the Commons*. Science. v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, dez.1968.: "The tragedy of the commons develops in this way. Picture a pasture open to all It is to be expected that each herdsman will try to keep as many cattle as possible on the commons. Such an arrangement may work reasonably satisfactorily for centuries because tribal wars, poaching, and disease keep the numbers of both man and beast well below the carrying capacity of the land. Finally, however, comes the day of reckoning, that is, the day when the long-desired goal of social stability becomes a reality. At this point, the inherent logic of the commons remorselessly generates strategy.

As a rational being, each herdsman seeks to maximize his gain. Explicitly or implicitly, more or less consciously, he asks, "What is the utility to me of adding one more animal to my herd?" conclusion reached by each and every

entre comuns, com sujeitos racionais. Cria-se a expectativa que cada comum irá utilizar-se daquele espaço público da forma que melhor o beneficie, otimizando seus lucros e produções de gado. Tal sistema pode funcionar durante séculos, contudo, após a maximização individual desse bem público, visando interesses particulares e, cujo desinteresse coletivo é demonstrado pela falta de cuidado em relação ao coletivo, gera, em última instância o esgotamento desse bem coletivo, e, em consequência, sua imprestabilidade ao individual.

Nesse exemplo, cada indivíduo encontra-se em um sistema sem desincentivos aparentes ao aumento e otimização da produção individual. Importante ressaltar que cada pessoa individualmente não consegue internalizar os efeitos que a ação dela vai ter nos outros, gerando externalidades negativas ao todo. Em particular, no andamento e qualidade do sistema judiciário. Tal qual o sistema jurídico, recursos comuns tendem a ser explorados, em níveis sociais, acima do desejado, tendendo, em última instância, ao seu esgotamento. Gera-se, portanto, a partir de um sistema sem desincentivos, ou melhor a partir de um sistema que incentiva a otimização do bem particular, a inexorável tragédia de Hardy.

Mostra-se, portanto, imprescindível a criação de um sistema de incentivos e desincentivos pela ótica processualista constitucional, a fim de garantir a efetividade do acesso à justiça. Nesse prisma, a análise econômica do direito possui a proposta, tal qual a economia, de debruçar-se na análise de alocação de recursos finitos a fim de atender e otimizar desejos individuais infinitos, sem comprometer o bem comum.

2.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O escopo do presente subcapítulo, portanto, é analisar o princípio de inafastabilidade de jurisdição e acesso à justiça muito além de uma mera garantia constitucional, mas também conceituá-los a partir de uma ótica de mercado. Trata-se, a partir dessa visão econômica, de um direito a uma prestação de um serviço de forma eficiente, constitucional e em tempo hábil, por meio da criação de incentivos e desincentivos. Logo, trata-se de uma análise imprescindível para aperfeiçoar um direito, a partir de uma ótica que prime pela eficiência.

rational herdsman sharing a commons. Therein is the tragedy. Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in the commons brings ruin to all.”

Nessa senda, a fim de se estipular um sistema que influencia, de fato, na decisão dos sujeitos racionais que entram em litígio, há primeiro, de se explicar a noção de Calamandrei do Processo Civil, como um jogo, in verbis:

Deve conhecer bem o nível moral e social do seu povo para o qual as leis são feitas, e calcular com antecipação de que forma comportar-se-á frente a estas leis, para saber se o cidadão do tipo “normal” (quer por moralidade e inteligência corresponda ao costume médio da sociedade a qual pertence) está disposto a tomá-la a sério. O bom legislador deve ser dotado de certa imaginação, mas temperada com um senso histórico, a fim de conseguir prever, com suficiente aproximação, como serão acolhidas por aqueles deverão observa-las, as leis que ele prepara para colocar em vigor: nestes seus cálculos preventivos deve o legislador evitar o pessimismo que o levaria a considerar a medida dos cidadãos como desonestos e rebeldes, desprovidos de qualquer senso de reverência às leis, ansiosos unicamente em elucida-las.⁵⁸

Essa noção deriva da dinâmica social imposta pelas leis, que, incontestavelmente, guiam o comportamento humano. Contudo, nessa seara, tanto legislador, quanto tomador de decisões devem precaver-se quanto às consequências dos elementos legais que põe na vida social, pois, diversas vezes, podem surtir efeitos diametralmente opostos ao que se esperava. Ao contrário do que fez Barroso, em sede de liminar da ADI n. 7.222, o legislador muitas vezes não possui esse cuidado. Pois, em suma, ao atentar-se apenas no proveito individual, muitas vezes não se atenta ao efeito sistêmico negativo de uma decisão.

Como exemplo disso, a Lei de Locações que vigorava na década de 70, evidenciava-se altamente protetiva dos inquilinos e visava, portanto, sua máxima proteção. A intenção do legislador nesse caso é a proteção do inquilino. Contudo, por conta dessa mesma proteção, criaram-se incentivos ao inquilino permanecer no imóvel e embaraços para o proprietário retomar tal bem. Como consequência, a oferta do número de imóveis disponíveis para aluguel diminuiu acentuadamente, gerando um aumento de preço e uma consequência sistêmica negativa ao inquilino.

Outros exemplos poderiam ser citados, contudo, a partir dessa dinâmica, tanto legislador quanto tomador de decisões devem atentar-se para a ideia de que as partes frequentemente utilizam o processo para traçar suas estratégias e maximizar o seu bem-estar. Assim, fica evidente que não serão raras as vezes em que as estratégias não atingirão o objetivo do processo

⁵⁸ CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo, In: **Gênesis : revista de direito processual civil**, v. 7, n. 23, p. 191-209, jan./mar. 2002.

cooperativo. Logo, faz-se imprescindível a análise da teoria dos jogos antes de conceituar a análise econômica do direito.

Como clássica alegoria para ilustrar tal teoria, criada por Merrill Flood e Melvin Dresher, evidencia-se o dilema do prisioneiro. No caso hipotético, representado por Erik Wolkart⁵⁹, se dá da seguinte forma:

Dois membros de uma gangue são presos e encarcerados em celas individuais, sem qualquer possibilidade de comunicação entre si. A polícia admite que não possui provas suficientes para condenar ambos pelos crimes mais graves. Com as provas disponíveis, a polícia acredita que obterá a condenação de ambos ao menos a um ano de prisão (por crimes menos graves). Ao mesmo tempo, os policiais oferecem para cada prisioneiro um acordo faustiano: caso o prisioneiro delate seu parceiro, será absolvido, condenando-se o denunciado a três anos de prisão pelos crimes mais graves. Mas há uma cilada: caso ambos denunciem um ao outro, os dois serão condenados a dois anos de prisão cada um. As escolhas serão simultâneas, de modo que um preso, ao decidir, não saberá qual foi a escolha do outro preso.

Nessa linha, há de ser feita a seguinte pergunta: cooperar com a polícia, ou não deletar o companheiro de crime? Veja-se o quadro abaixo para facilitar a explicação;

	PRISIONEIRO B (NÃO DELATA)	PRISIONEIRO B (DELATA)
PRISIONEIRO A (NÃO DELATA)	1 ano e 1 ano	3 anos e 0 anos
PRISIONEIRO A (DELATA)	0 ano e 3 anos	2 anos e 2 anos

Ora, nota-se que o comportamento cooperativo evidenciar-se-ia a melhor escolha de ambos os prisioneiros. Contudo, ao não delatar, cada suspeito corre o sério risco de receber 3 anos de pena, enquanto o outro, não teria penalidade alguma. Assim, devido aos incentivos envolvidos e o comportamento racional (egoísta) dos prisioneiros, dado que inexistente segurança

⁵⁹ WOLKART, Erik. *Análise Econômica do Processo Civil*, São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 235.

no comportamento cooperativo, a escolha mais certa será a de delatar. Conclui-se, portanto, que cada prisioneiro ao maximizar seu bem-estar, e sabendo que o outro pensará da mesma forma, o único resultado estável, dados os incentivos apresentados, é a mútua delação.

Essa situação pode ser comprovada, em termos matemáticos pelo Equilíbrio de Nash⁶⁰ pois, caso ela consolide-se, nenhum dos jogadores (prisioneiros) deverá arrepender-se de sua escolha. Dessa forma, o Dilema do Prisioneiro demonstra que o resultado coletivo não decorre necessariamente de escolhas individuais egoístas, mas de contingências e interações inerentes ao jogo processual.

Nesse prisma, Alexandre Morais da Rosa analisa o conceito de Teoria dos Jogos no âmbito do processo penal, que analogicamente pode ser lido, também, sob a ótica do código de processo penal, veja-se:

A teoria dos jogos apresenta nova dinâmica de compreensão do processo penal. O pressuposto é que o sujeito racional toma (sempre) decisões que lhe são mais favoráveis, egoísticas, ou seja, as que lhe indicam maiores benefícios. Entretanto, nem sempre as decisões aparentemente melhores individualmente o são no contexto de jogos interdependentes, tal como apresentado pelo Dilema do Prisioneiro.⁶¹

Dessa forma, a análise econômica do direito deve respaldar o processo civil e os julgadores, a fim de proporcionar uma mais efetiva prestação jurisdicional, a partir da teoria dos jogos.

Primeiro, cabe conceituar Economia e seu método de aplicação no Direito. Etimologicamente o termo economia possui raízes gregas, na expressão “*oikomonos*”, que significa regras da casa, ou seja, uma forma de administração no aspecto mais interno do ser, sua morada. Trata-se, portanto, de uma ótica imprescindível ao direito, cuja efetiva prestação deve sempre estar ligada a sua viabilidade jurídica, mas também fática e econômica. Nessa linha, a Economia evidencia-se imprescindível, pois abrange a análise de todas as questões

⁶⁰ Definição de equilíbrio de Nash: "Um conjunto de estratégias (uma para cada jogador) está em equilíbrio de Nash se sua implementação confirma as expectativas que cada jogador tinha a respeito da escolha do outro. As estratégias em equilíbrio são as únicas estratégias racionais possíveis que confirmam as expectativas anteriores (...). Por isso, elas requerem que as crenças dos jogadores estejam alinhadas de modo consistente" (HARGREAVES HEAP, Shaun P. VAROUFAKIS, Yanis. *Game Theory: A Critical Introduction*. New York: Routledge, 1995. p. 51) in: WOLKART, Erik. **Análise Econômica do Processo Civil**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 237.

⁶¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2013, p. 18.

conexas ao problema da alocação eficiente de recursos limitados para a melhor satisfação dos interesses de um grupo.

Historicamente, o AED nasce a partir da proeminência de grandes pensadores no meio acadêmico, cuja raiz acadêmica posteriormente ficou conhecida como a Escola de Chicago. Seus principais expoentes foram; Ronald Coase, Richard Posner, Guido Calabresi, Henry Manne e Gary Becker.

Um dos fundadores da do movimento que hoje é conhecido como a análise econômica do direito (AED) foi Ronald Coase, em sua obra “The Problem of Social Cost⁶²”. O problema do custo social, evidencia-se como a obra inaugural desse movimento, contudo, com um caráter accidental, pois tratava-se de uma obra de cunho exclusivamente econômico, sem implicações intencionais a uma nova ótica do direito, que hoje, se mostra fundamental para a tomada de decisões dos operadores do direito com a inclusão⁶³ do AED, pragmatismo e economia comportamental no rol de disciplinas mínimas de diversos concursos da magistratura.

De fato, nessa obra fundante, o autor analisa as externalidades, que podem ser definidas como frutos da ação de um agente e suas implicações, sejam positivas, sejam negativas, em relação a terceiros não diretamente envolvidos na primeira ação. Como exemplo clássico, o autor utiliza-se do exemplo da externalidade negativa produzida por uma fábrica pela produção de fumaça aos locais residentes daquela área cuja qualidade do ar atmosférico será drasticamente afetada. Nesse exemplo, Coase busca entender quando ações são desejáveis ou

⁶² COASE, Ronal. The Problem of Social Cost, Vol. III, The Journal of Law and Economics, 1960.

Cit. If factors of production are thought of as rights, it becomes easier to understand that the right to do something which has a harmful effect (such as the creation of smoke, noise, smells, etc.) is also a factor of production. Just as we may use a piece of land in such a way as to prevent someone else from crossing it, or parking his car, or building his house upon it, so we may use it in such a way as to deny him a view or quiet or unpolluted air. The cost of exercising a right (of using a factor of production) is always the loss which is suffered elsewhere in consequence of the exercise of that right—the inability to cross land, to park a car, to build a house, to enjoy a view, to have peace and quiet or to breathe clean air.

It would clearly be desirable if the only actions performed were those in which what was gained was worth more than what was lost. But in choosing between social arrangements within the context of which individual decisions are made, we have to bear in mind that a change in the existing system which will lead to an improvement in some decisions may well lead to a worsening of others. Furthermore we have to take into account the costs involved in operating the various social arrangements (whether it be the working of a market or of a government department), as well as the costs involved in moving to a new system. In devising and choosing between social arrangements we should have regard for the total effect. P. 44.

⁶³ **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. Resolução n. 423, 03 DE MAIO DE 2013.D.O.U. nº 97, Seção 1 de 22/05/2013. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4147>. Acesso em 15.11.2022.

não, a partir dos ganhos sociais de determinada ação, devendo-se levar em consideração as consequências positivas e negativas que advêm dessa ação. A partir dessa ponderação nasce o estudo da análise econômica do direito, com o Teorema de Coase.

Esse teorema, nos permite averiguar, assim como apresentado no exemplo acima, qual deve ser a alocação de direitos selecionada no caso concreto para promover a maior eficiência, ou riqueza social. A reflexão, portanto, é no sentido de se optar pela solução que diminua as perdas não só às partes, como também para a sociedade como um todo, ao invés de simplesmente sancionar o causador do problema. Logo, sua maior contribuição para a AED foi essa ferramenta na busca da eficiência de alocação de recursos.

Richard Posner, por sua vez, evidencia-se como o grande precursor da AED, principalmente com sua obra, “Economic Analysis of Law”, lançada em 1973. Nessa obra o autor defende a inovadora ideia de aplicação de métodos e teorias econômicas dentro do sistema normativo jurídico, a fim de propiciar a eficiência das normas

Contudo, apesar de muito desenvolvido no presente trabalho, o que seria eficiência? Segundo, Erik Wolkart, eficiência⁶⁴ corresponde à soma das utilidades individuais acrescidas em cada pessoa atingida pela norma, medidas assim pelo aumento do bem-estar individual e social, ou seja, pelo ganho utilitário marginal, produzido pela norma. Trata-se, de um conceito de eficiência diverso do proposto por Richard Posner em sua obra “Economic Analysis of Law”, cujo conceito de eficiência seria a maximização da riqueza, como critério operacional de solução de conflitos jurídicos.

De fato, trata-se de uma ciência cuja análise das formas de comportamento humano resultantes da relação existente entre as ilimitadas necessidades a satisfazer e os recursos que, embora escassos, se prestam a usos alternativos⁶⁵. À luz do conceito apresentado, mostra-se evidente as razões pelas quais o estudo da análise econômica do direito (AED) mostra-se fundamental para a boa operação da jurisdição estatal e pela efetiva prestação do serviço de Justiça.

⁶⁴ WOLKART, Erik. **Análise Econômica do Processo Civil**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 140.

⁶⁵ MENDES, Carlos. **Introdução à Economia**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração, 2015, p. 13.

Conforme os autores Bruno Bodart e Luis Fux conceituam o tema:

A luz do conceito ora apresentado, não é difícil deduzir o motivo pelo qual a análise do Direito é de fundamental importância para a Economia. Toda determinação imposta pelas fontes do Direito influencia a forma como os indivíduos se comportam na busca pelos seus interesses. A alteração dos mandamentos legais gera modificações, intencionais ou não, na forma como os recursos são alocados na sociedade. Essas mudanças decorrentes da configuração do ordenamento jurídico podem constituir um resultado socialmente indesejado ou que não confere a melhor satisfação possível ao interesse dos envolvidos. Uma das principais características da análise econômica do Direito, portanto, é concentrar o exame das normas jurídicas exclusivamente nas suas consequências. Leis e decisões judiciais são importantes não por possuírem um valor em si, mas pelos efeitos causados em relação ao grupo que pretendem atingir - ou que atingem não intencionalmente. Sob a análise econômica, o Direito é uma política pública, sendo que o raciocínio analítico teórico e a pesquisa empírica são utilizados para torná-la mais eficiente no cumprimento dos objetivos eleitos pela sociedade.⁶⁶

Nesse sentido, faz-se imprescindível compreender que toda determinação imposta pelo direito influencia na forma como os indivíduos atuam na sociedade, seja na ordem social, seja na ordem econômica, seja nas relações privadas, seja nas relações públicas. Em última análise, os mandamentos legais geram modificações, intencionais, ou não, na forma em que recursos são alocados na sociedade. Logo, o direito deve ser efetuado visando suas possíveis consequências da positividade daquela norma, ou decisão.

Ainda segundo Bruno Bodart⁶⁷, a abordagem do direito sob o prisma econômico pode assumir três diferentes acepções, sejam; (i) aspecto heurístico, (ii) aspecto descritivo e (iii) aspecto normativo. Primeiro, visa identificar os motivos pelos quais o direito tutela certos direitos, e os fundamentos por trás dessa proteção, tais como direitos da propriedade, por exemplo. Segundo, investiga os efeitos concretos das normas jurídicas na sociedade, a partir de uma análise pragmática e consequencialista que será abordada mais à frente nesse capítulo. Terceiro, busca definir quais normas jurídicas são desejáveis no ordenamento e as razões por trás disso e quais normas jurídicas não seriam desejáveis, a partir de uma análise de eficiência.

Em paralelo, o código de processo civil, assim como os demais diplomas legais, incorpora um sistema de incentivos e desincentivos de ações para com os litigantes. Sob a análise econômica, o Direito é uma política pública, sendo que o raciocínio analítico teórico e

⁶⁶ BODART, Bruno e FUX, Luis. **Processo Civil e Análise Econômica**. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2020, p. 2.

⁶⁷ BODART, Bruno e FUX, Luis. **Processo Civil e Análise Econômica**. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2020, p. 2.

a pesquisa empírica devem ser utilizados para torná-la mais eficiente e otimizá-la no cumprimento dos objetivos eleitos pela sociedade⁶⁸.

Por fim, em um cenário de superexploração da justiça como bem comum, como aferir esses impactos negativos dos interesses privados sobre os interesses públicos. Steven Shavell, Professor de Harvard, instigou a discussão entre a divergência desses interesses. Ao se considerar todos os gastos resultantes do uso do aparelho judiciário, cerca de 1,3% do PIB, conforme os dados do CNJ, referentes ao ano de 2021, poderiam ser distribuídos a outros setores também socialmente sensíveis, tais como educação, saúde, saneamento e infraestrutura, os interesses privados em litigar, conforme o autor, devem justificar esse gasto com a sociedade, evitando, por fim, demandas frívolas. Logo, o autor criou uma equação para vislumbrar quanto os custos individuais mostram-se suficientes para justificar a demanda judicial:

$$pd + s + p (Ca + Ce + Cg) < qd$$

Leia-se: O prejuízo social poderia ser aferido por, "d" seria o tamanho do dano dos custos sociais, "q" seria a probabilidade da ocorrência de um acidente. Enquanto, "pd", são os danos esperados dos acidentes, por sua vez "s" são as cautelas necessárias para se evitar um acidente e, por fim "C" seriam os custos para litigar em juízo, "Ca", "Cr" e "Cg", seriam os custos do autor, do réu e do governo, respectivamente. A partir dessa fórmula, vislumbra-se, sob uma perspectiva social, quando a litigância é positiva (Custos em geral < qd) e quando é negativa (Custos em geral > qd).

Segundo Bruno Bodart:

Essa, portanto, é a divergência fundamental entre o interesse social e o interesse privado para litigar. O indivíduo ajuíza uma ação sempre que o seu proveito pessoal líquido esperado for positivo, ao passo que, para a sociedade, não é suficiente analisar apenas o proveito para o autor, sendo necessário perquirir sobre os ganhos sociais correspondentes à movimentação da máquina judiciária e aos outros custos associados à litigância. O litigante, portanto, geralmente ignora: (i) o impacto da prestação jurisdicional na mudança de comportamento das pessoas (seja com relação à obediência de determinações regulatórias, cumprimento de contratos, adoção de precauções eficientes etc.); e (ii) os custos suportados pelo adversário e pelo Estado com o uso do Judiciário. Essa observação é aplicável não apenas à responsabilidade civil, utilizada acima como exemplo, mas a todos os contextos jurídicos: contratos, direitos reais, regulações etc. O aumento no número de demandas é esperado à medida que: (i) os custos de litigar forem reduzidos; (ii) crescente a probabilidade de vitória do autor; e (iii) o ganho do autor, em caso de vitória, for maior. Considerados os

⁶⁸ BODART, Bruno e FUX, Luis. **Processo Civil e Análise Econômica**. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2020, p. 2.

interesses privados para litigar, é possível que exista um incentivo exagerado ao ajuizamento de demandas ou um incentivo insuficiente.⁶⁹

Conforme o exposto, os custos sociais de litigância não afetam o comportamento egoísta do litigante que apenas visa sua maximização de lucros e chances de vitória no processo. Ignora-se, portanto, externalidades negativas e positivas da decisão individual, o que acarreta, em última instância, em menor efetividade do aparelho de justiça. Essa cultura litigiosa brasileira será devidamente demonstrada no próximo subcapítulo, a partir dos números do relatório, Justiça em Números 2021 do CNJ.

2.3 DA JUSTIÇA COMO BEM COMUM E CNJ EM NÚMEROS

A fim de aprofundar os dados das pesquisas de ambos os autores anteriormente apresentados, imperioso demonstrar dados relevantes do Relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), “Justiça em Números 2021⁷⁰”. Esse relatório, evidencia-se como a principal fonte de controle e mensuração da atividade judicial do país, para a apuração da eficiência, economicidade, congestionamento de demandas e número de casos novos por magistrado, a fim de se averiguar as virtudes e defeitos da prestação da atividade jurisdicional.

Os números de processos em tramitação encontra-se, desde 2017, com o advento da Reforma Trabalhista, em uma série histórica de decréscimo no acervo que vinha crescendo desenfreadamente desde 2009. Em 2020, foi constatada, segundo o relatório, a maior redução histórica do acervo de processos pendentes. Tal condição de queda recorde de ingresso de ações originárias deve levar em consideração os impactos decorrentes da covid-19.

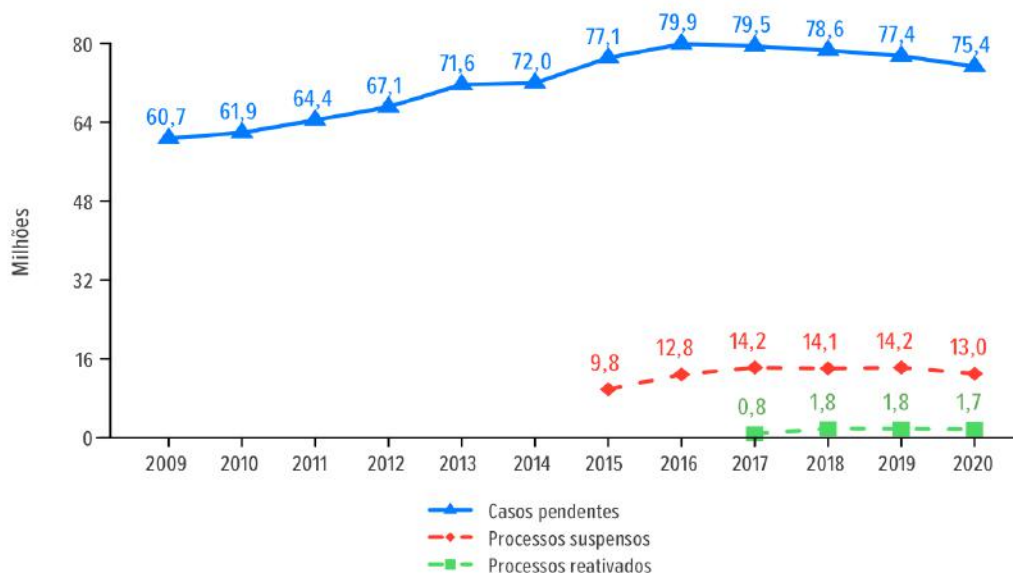
Segundo os dados do relatório, referentes ao ano de 2020, com 75,4 milhões de processos em trâmite, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 13 milhões, ou seja, 17,2%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura.

⁶⁹ BODART, Bruno e FUX, Luis. **Processo Civil e Análise Econômica**. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2020, p. 37

⁷⁰ Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em 05/12/2022.

Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2020 existiam 62,4 milhões ações judiciais. Conforme a figura abaixo;

Figura 54 - Série histórica dos casos pendentes



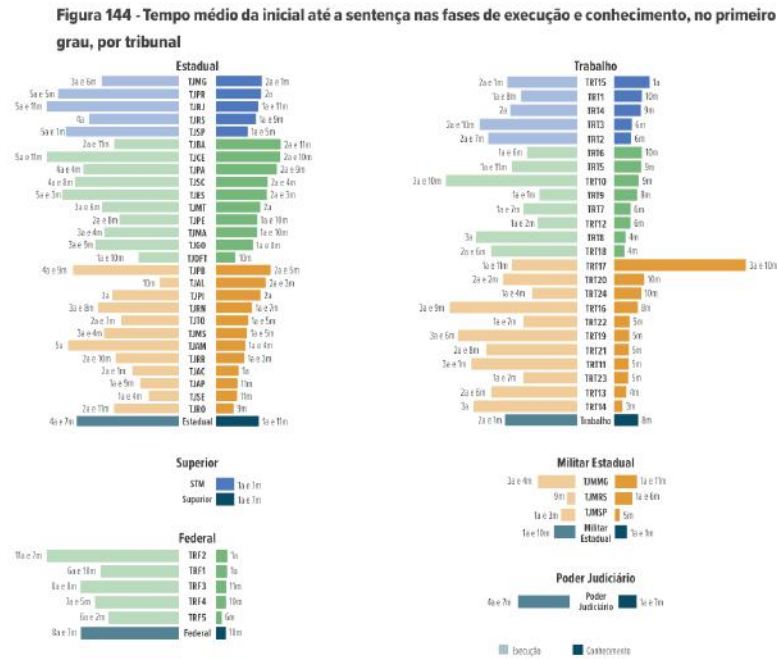
Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

A partir da análise gráfica e a relevante queda no número de processos, cabe analisar nesse momento, o tempo de tramitação dos processos, afinal, quanto tempo leva um processo no Brasil? O CNJ utiliza-se de três principais indicadores no relatório; (i) o tempo médio entre a data do início do processo até a sentença, (ii) o tempo médio entre a data do início do processo até o primeiro movimento de baixa, e, por fim (iii) a duração média dos processos que ainda estavam pendentes em 31.12.2020.

Evidente que essa previsão trata-se de uma média, afetada por diversos fatores, desde a demora na citação de uma das partes, interposição de recursos protelatórios, ou não, demora no tempo de trâmite desde a sentença ou acórdão ao trânsito em julgado da matéria, enfim, diversos fatores que não devem ser analisados. Aliás, importante frisar que nem todas as sentenças são definitivas, que abarcam o mérito da questão, há também sentenças terminativas, cujos vícios insanáveis impedem a resolução do mérito da questão. Nesse ponto, cabe ressaltar que o NCPC

institui o princípio da primazia de solução de mérito⁷¹ - “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

Apesar dos obstáculos e possíveis imprecisões, eis os dados colhidos nas fases de execução (a esquerda da imagem) e de conhecimento (a direita). Veja-se;



A partir da análise gráfica, seja nas justiças estaduais, seja nas justiças federais, revela-se evidente a diferença dos tempos de duração do processo de conhecimento e do processo de execução, também chamado de cumprimento de sentença. No que tange ao Tribunal Fluminense, existe notória diferença entre “ganhar” e “levar”, pois, em que pese a fase de conhecimento se encerre com a média de 1 ano e 11 meses, desde o protocolo da petição inicial até da prolação da sentença, na fase de cumprimento da sentença existe uma demora de quase 3 vezes o tempo da primeira fase.

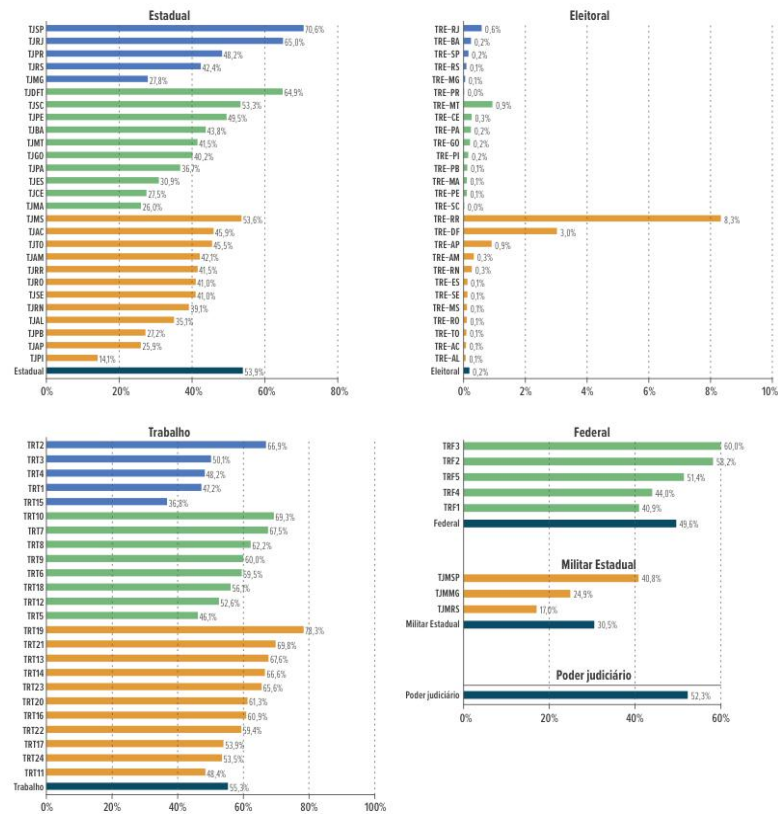
Nesse sentido, há de se analisar mais de perto os gargalos da execução, pois trata-se da etapa de maior morosidade no processo civil. De acordo com o relatório, do acervo de 75

⁷¹ CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2021, p. 9.

milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2020, mais da metade desses processos (52,3%) se referia à fase de execução.

De fato, segundo o relatório do CNJ, os processos de execução, principalmente as execuções fiscais (68% das execuções), evidenciam-se como os maiores responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Judiciário. Assim, representam cerca de 36% dos casos pendentes e 87% dos casos congestionados em 2020. Veja-se;

Figura 116 - Percentual de casos pendentes de execução em relação ao estoque total de processos, por tribunal



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

Em relação às despesas da máquina judiciária brasileira, o relatório do CNJ, “Justiça em Números” de 2021⁷², informa que os custos do aparato judiciário em 2020 foi de R\$100.06 bilhões de reais - um valor que diminuiu 4.5% em relação aos gastos de 2019. Enquanto a justiça estadual revela-se a principal fonte de despesa dos tribunais e da justiça de uma forma geral, com 57,68% das despesas totais, a justiça militar evidencia-se, proporcionalmente, a mais custosa, pois presente a maior relação entre despesas e processos. Veja-se;

Tabela 4 - Despesas do Poder Judiciário por segmento de Justiça, ano 2020

TRIBUNAL	DESPESA
Justiça Estadual	R\$ 57.684.840.891
Justiça do Trabalho	R\$ 19.884.433.028
Justiça Federal	R\$ 12.141.297.276
Justiça Eleitoral	R\$ 6.292.980.334
Justiça Militar Estadual	R\$ 163.136.441
Tribunais Superiores	R\$ 3.901.065.081
Total	R\$ 100.067.753.052

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

Consoante com o apresentado no relatório, as despesas totais do Poder Judiciário correspondem a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou a 11% dos gastos totais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Nessa linha, o custo pelo serviço de Justiça foi de R\$475,51 por habitante em 2020. Importante ressaltar nesse ponto que os custos por habitante caíram R\$ 25,6 a menos, por pessoa, em relação ao último ano. Por fim, a maior redução do valor das despesas por habitante ocorreu na Justiça do Trabalho, de R\$ 102,70 em 2019 para R\$ 94,49 em 2020.

Apesar da considerável despesa do Poder Judiciário, os cofres públicos receberam durante o ano de 2020, em decorrência da atividade jurisdicional, cerca de R\$ 62,4 bilhões, um retorno da ordem de 62,3% das despesas efetuadas. Conforme os dados do CNJ, a arrecadação advinda do recolhimento com custas, fase de execução, emolumentos e eventuais taxas

⁷²Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em 05/12/2022.

encontra-se na casa de R\$ 10,8 bilhões, cerca de 17,3% da arrecadação, enquanto as demais receitas são provenientes de impostos e da atividade da execução fiscal.

A partir dos dados colhidos, enquanto 17,3% das despesas judiciárias são custeadas por taxas, emolumentos e custas, o restante é suportado por meio de impostos. Impostos pagos pela sociedade, em uma contribuição anual de R\$475,51, enquanto a fatia mais larga desses custos não é paga por aqueles que se utilizam da prestação judicial. O objetivo do presente trabalho é criar uma rede de incentivos e desincentivos processuais, a fim de viabilizar que tal montante seja realocado para outras prioridades sociais, tal como educação, saúde, infraestrutura e demais carências e clamores populares.

Nesse sentido, o sistema jurídico deve agir como um sistema de incentivos e desincentivos de litigância para que apenas demandas de relevância social e, portanto, desejáveis, sejam propostas. Faz-se imprescindível, portanto, que legislador e tomadores de decisão desenvolvam um arranjo de normas processuais por meio do qual os efeitos negativos decorrentes da propositura excessiva de ações (externalidade negativa) seja internalizado no custo de quem litiga indevidamente.

Nesse sentido, será abordado no último capítulo do presente trabalho o julgamento da ADI 5766, em sede de controle concentrado de constitucionalidade perante o STF. Na visão do presente trabalho, a Reforma Trabalhista de 2017, para constituir uma rede de desincentivos à demandas frívolas e aventureiras - pautadas por um diminuto risco de retorno, mas quase nenhum custo para litigar - ampliou o rol de artigos no capítulo de custas e ônus sucumbenciais na Justiça Trabalhista. Contudo, o colendo Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ADI, para declarar inconstitucionais os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes. De fato, perdeu-se uma grande oportunidade.

3. ESTUDO DE CASO: ADI 5766

O presente capítulo tenta elucidar a aplicação dos conceitos abordados previamente a partir de um caso concreto, transitado em julgado em 4.08.2022, a partir da análise da Ação Direta de Constitucionalidade (ADI) 5766. Trata-se de ADI que versava principalmente sobre

mudanças efetuadas pela Lei n. 13.467/2017 - também chamada de Reforma Trabalhista - na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no capítulo referente às custas e ônus sucumbenciais na Justiça Trabalhista. Em suma, pretende-se analisar as possíveis repercussões dessa decisão a partir, principalmente, dos votos divergentes trazidos pelos Min. Relator Luis Roberto Barroso e Min. Edson Fachin.

A ADI 5766, proposta pelo Procurador Geral da República (PGR) tinha por objeto a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 1º da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, nos pontos em que altera ou insere disposições nos artigos 790-B, caput e § 4º; 791-A, § 4º, e 844, § 2º, do Decreto-Lei 5.452/1943 (CLT). Segue o teor dos dispositivos:

Art. 1º. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (...) e o máximo de 15% (...) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

§ 4º. Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Art. 844. § 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

§ 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.

Nesse escopo, a Reforma Trabalhista assegurou o direito à gratuidade de justiça aos trabalhadores hipossuficientes, mas determinou: (i) a cobrança de honorários de advogado e de honorários periciais, em caso de sucumbência (CLT, arts. 791-A e 790-B); (ii) a utilização de

créditos havidos em outros processos para fazer face a tais honorários (CLT, art. 791-A, §4o); (iii) a cobrança de custas judiciais aos empregados que derem causa ao arquivamento de suas ações por não comparecimento injustificado à audiência (CLT, art. 844, §2o).

O diapasão da questão reside em visões conflitantes acerca do conceito de acesso à Justiça. De um lado, a visão encabeçada pelo o Min. Relator Luis Roberto Barroso, aduz pela constitucionalidade dos dispositivos afrontados, por meio de uma visão pragmática e consequencialista, utilizando-se da análise econômica do direito para justificar a constitucionalidade dos dispositivos. Por outro lado, a visão do Min. Fachin aduz pela inconstitucionalidade dos dispositivos supracitados a partir da concepção que o acesso à justiça evidencia-se como um princípio basilar do Estado de Direito e não poderia, portanto, ser cerceado. Sendo, em última instância, bem-vindas novas reclamações trabalhistas. Logo, o presente capítulo dispõe sobre um novo enfoque de acesso à justiça, vinculada à noção de incentivos e desincentivos à litigância, a partir das consequências da decisão, por uma ótica pragmática-econômica.

3.1 DOS CONCEITOS ABSTRATOS E O VOTO DO MIN. EDSON FACHIN

Primeiro, o escopo deste subcapítulo será analisar criticamente a fundamentação do voto do Min. Edson Fachin a partir de uma perspectiva econômica-pragmática abordada em capítulos anteriores. A discussão da ADI 5766 cinge-se a saber se tais restrições impostas pelos artigos 790-B, 791-A, §4o e art. 844, §2o, da CLT constituem restrições inconstitucionais aos próprios direitos fundamentais à gratuidade e ao acesso à Justiça, bem como uma afronta ao próprio Estado Democrático de Direito. Imprescindível, portanto, elencar tais garantias constitucionais, in verbis:

Art. 5o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

De fato, o legislador ordinário na confecção da Reforma Trabalhista, avaliou o âmbito de proteção do direito fundamental à gratuidade da Justiça, confrontou-o com outros bens

jurídicos que reputa relevantes – notadamente a economia para os cofres da União e a eficiência da prestação jurisdicional – e impôs condições específicas e restrições para o seu exercício, por parte dos litigantes perante a Justiça do Trabalho.

Contudo, encontra guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a proteção constitucional ao acesso à Justiça e à gratuidade dos serviços judiciários. Discorre Fachin, que associam-se tais garantias ao direito de ter direitos, reafirmando que restrições indevidas a estas garantias institucionais podem converter as liberdades e demais direitos fundamentais por elas protegidos em proclamações inúteis e promessas vãs. Como exemplo de irretocável a jurisprudência do STF a fim de legitimar a essencialidade da instituição da Defensoria Pública, veja-se:

E M E N T A: DEFENSORIA PÚBLICA – DIREITO DAS PESSOAS NECESSITADAS AO ATENDIMENTO INTEGRAL, NA COMARCA EM QUE RESIDEM, PELA DEFENSORIA PÚBLICA – PRERROGATIVA FUNDAMENTAL COMPROMETIDA POR RAZÕES ADMINISTRATIVAS QUE IMPÕEM, ÀS PESSOAS CARENTES, NO CASO, A NECESSIDADE DE CUSTOSO DESLOCAMENTO PARA COMARCA PRÓXIMA ONDE A DEFENSORIA PÚBLICA SE ACHA MAIS BEM ESTRUTURADA – ÔNUS FINANCEIRO, RESULTANTE DESSE DESLOCAMENTO, QUE NÃO PODE, NEM DEVE, SER SUPORTADO PELA POPULAÇÃO DESASSISTIDA – IMPRESCINDIBILIDADE DE O ESTADO PROVER A DEFENSORIA PÚBLICA LOCAL COM MELHOR ESTRUTURA ADMINISTRATIVA – MEDIDA QUE SE IMPÕE PARA CONFERIR EFETIVIDADE À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INSCRITA NO ART. 5º, INCISO LXXIV, DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA – OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS – SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL – O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO “DIREITO A TER DIREITOS” COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS – INTERVENÇÃO JURISDICIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134) – LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE SOBRE A OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL

QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES – A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A **ESSENCIALIDADE DESSA INSTITUIÇÃO** DA REPÚBLICA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (RE 763.667/CE; Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 13.12.2013)

Nesse escopo, o Min. discorre acerca do direito fundamental de acesso à Justiça baseado nos ensinamentos de Cappelletti e Garth, baseado na dimensão social promovida por um Estado-Social (Welfare State). Contudo, tal percepção de acesso à Justiça pautada por uma dicotomia entre particular e Estado - autonomia privada e a autonomia pública -, segundo Borrington⁷³, devem ser inseridos num novo patamar, galgado sob o prisma do Estado Democrático de Direito, marcado pelos chamados direitos de terceira geração.

Segure o autor ainda que "o foco deixaria de ser centrado na facilitação do ingresso do sistema de justiça e suas características fundamentais, para se deslocar também para a implementação de uma atuação mais qualificada do próprio interessado dentro do sistema de justiça." Logo, não se trata apenas de garantir um direito apenas pelo seu valor abstrato, mas, sobretudo, aplicar meios que, de fato, gerem uma atuação mais qualificada tanto do próprio interessado quanto do sistema de justiça.

Tal visão contrasta-se com um julgamento de cunho abstrato, que ignora a realidade da histórica morosidade processual brasileira. A fim de elucidar a questão, segue trecho do voto do Min. Edson Fachin:

Ainda que sejam consideradas adequadas, necessárias e razoáveis as restrições impostas ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais à gratuidade e acesso à Justiça pelo legislador ordinário, duvidosa apresenta-se a sua constitucionalidade em concreto, ou seja, aquela aferida diante das diversas e possíveis situações da realidade, em que se vislumbra a consequência de esvaziamento do interesse dos trabalhadores, que na condição de hipossuficientes econômicos, não terão como demandar na Justiça Trabalhista, em virtude do receio de que suas demandas, ainda que vencedoras, retornem-lhes muito pouco do valor econômico efetivamente perseguido e, eventualmente, devido.⁷⁴

⁷³ BORRINGTON, Felipe. **Princípio da Jurisdição Equivalente**. Bahia: JusPodium.,2019, p, 80.

⁷⁴ **BRASIL**. STF. ADI 5766. Rel. Min.ALEXANDRE DE MORAES. DJE 29/06/2022, p. 77.

Nesse trecho evidencia-se um superprotecionismo do trabalhador que visa a tutela da Justiça Trabalhista. Ao passo que condições razoáveis, adequadas e necessárias revelam-se insuficientes em face de preceitos absolutamente abstratos como "não terão como demandar na Justiça Trabalhista, em virtude do receio que suas demandas retornem muito pouco". Sob o regime da nova lei Trabalhista, as demandas de um trabalhador só retornarão "muito pouco" caso o direito pleiteado revele-se indevido. Logo, trata-se de um sistema processual de desincentivos à demandas frívolas que, em verdade, foi declarado inconstitucional por meio de uma fundamentação jurisprudencial e abstrata.

Por fim, o argumento que impera na tese do Min. Fachin, que impede um estudo mais detalhado sobre o tema: "O direito fundamental à gratuidade da Justiça, notadamente atrelado ao direito fundamental de acesso à Justiça, não admite restrições sob pena de esvaziamento de seu âmbito de proteção constitucional."

3.2 DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O VOTO DO MIN. LUIS ROBERTO BARROSO

Em contraponto, o Min. Relator Luis Roberto Barroso, em seu voto paradigmático, afere que normas processuais devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que seja compatível com os limites de litigância que a sociedade comporta. Nesse sentido, um sistema com demasiados incentivos à litigância individual incentiva demandas oportunistas e frívolas e, portanto, prejudica tanto a efetividade, quanto a credibilidade da Justiça. Em última análise, o próprio direito constitucional de acesso à Justiça.

Tal sistema, com demasiados incentivos, foi um dos pontos que a Reforma Trabalhista visou coibir, a partir da implementação dos artigos Art. 790-B, 791-A, §4º e art. 844, §2º, da CLT. Pois, entender a garantia de acesso ao Judiciário denota conteúdo muito mais amplo do que apenas assegurar indiscriminadamente um princípio abstrato, tal qual o princípio de gratuidade de justiça. Significa, portanto, não apenas a possibilidade de deflagrar a jurisdição, mas, ainda, o direito a um processo justo e efetivo: com prazos razoáveis, decisões sem dilações indevidas, julgados coerentes. A possibilidade de provocar a justiça precisa ser exercida, portanto, com equilíbrio, de modo a não inviabilizar a prestação da justiça com qualidade.

Afere Barroso em seu voto:

O exercício abusivo do direito de deflagrar a jurisdição, a litigiosidade excessiva, a utilização do Judiciário como instrumento para a obtenção de acordos indevidos ou, ainda, para a procrastinação do cumprimento de obrigações implica o uso ilegítimo do Judiciário e a sensação difusa de que a Justiça não funciona. O volume desproporcional de processos compromete a celeridade, a coerência e a qualidade da prestação jurisdicional e importa em ônus desmedidos para a sociedade, à qual incumbe arcar com o custeio da máquina judiciária. A questão é ainda mais delicada no caso dos beneficiários do direito à gratuidade de justiça.⁷⁵

Sugere-se, a partir do reconhecimento histórico quanto a inefetividade e morosidade judicial, meios de fomento a uma litigância que alinhe o interesse social e o interesse privado. Nessa senda, o Min., em seu brilhante voto, não se atém a uma justificação apenas jurídica, utilizando, sobretudo, fundamentos pautados na análise econômica do direito, pragmatismo jurídico e dados do CNJ. Em suma, a defesa do acesso à justiça e da gratuidade de justiça vai muito além de uma mera defesa conceitual, mas uma crítica matemática e consequencialista, a fim de se obter a melhor tutela jurisdicional possível ao cidadão.

Conforme abordado anteriormente - Capítulo 2 - sob o prisma da análise econômica, o Direito é uma política pública. Para a AED, os litigantes são agentes racionais e agem sempre de modo a otimizar seus ganhos. Em consequência, formulam suas estratégias de acordo com o comportamento esperado dos demais agentes, para estimar se qual conduta deve ser adotada para gerar maior proveito, ou menor perda em determinada relação processual. Em suma tais comportamentos e estratégias processuais podem ser explicadas pela teoria dos jogos e o legislador e tomador de decisões judiciais deve valer-se de uma estrutura que não propicie incentivo para litigar.

Em relação a essa estrutura de incentivos à litigância, Barroso aduz em seu voto:

Essa lógica pode ser aplicada a qualquer comportamento humano, inclusive à decisão sobre propor uma demanda. Alguns fatores constantes interferem sobre essa decisão, a saber: (i) a ocorrência da violação a um direito (e possivelmente a sua gravidade); (ii) o valor que se espera ganhar com a demanda; (iii) o custo de processar, nele incluídos os riscos de sofrer perdas; (iv) a probabilidade de êxito

(...)

Se o valor que se espera ganhar com a ação é baixo e o custo de acionar é alto, essas circunstâncias podem conter a parte e evitar a propositura de ações de pequeno valor, que talvez não justificassem a movimentação da máquina judiciária. Se o custo de processar é alto e a parte terá, ainda, que arcar com

⁷⁵ BRASIL. STF. ADI 5766. Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES. DJE 29/06/2022, p. 35.

os encargos de *ex adverso* ao final, em caso de insucesso, avaliará com cuidado suas reais perspectivas de êxito. Quando, todavia, o custo de litigar é baixo ou inexistente, as perspectivas reais de êxito são menos importantes. Valerá a pena “apostar” a sorte, se o prejuízo for irrelevante. Nessa situação, qualquer ação compensa para o indivíduo porque sempre pode gerar um ganho, ao passo que o risco de perda é ínfimo. Em um quadro como esse, há um incentivo para litigar.⁷⁶

Tal cenário, cenário de incentivo à litigância gera, em última análise, o fenômeno da tragédia dos comuns. Ao tratar a Justiça como um bem comum e, portanto, finito, ao passo que cada indivíduo persiga o seu próprio interesse, de forma ilimitada, em detrimento da sustentabilidade do espaço comum, implicar-se-á na ruína desse bem. Logo, faz-se necessário pensar em arranjos sociais que provoquem comportamentos responsáveis nos indivíduos no em prol de uma utilização sustentável do bem comum.

Nessa senda, o raciocínio analítico teórico e a pesquisa empírica devem ser utilizados para tornar tal política pública mais eficiente e otimizá-la no cumprimento dos objetivos eleitos pela sociedade. No mesmo sentido, vê-se o voto vencido do Min. Luis Roberto Barroso na ADI 57766⁷⁷ do Distrito Federal, no que tange à constitucionalidade de dispositivos implementados na consolidação das leis do trabalho (CLT), arts. 791-A e 790-B, 791-A, §4o e 844, §2o pela Lei n. 13.467 de 2017, mais comumente chamada de reforma trabalhista. Veja-se a Ementa proposta pelo Min. Relator:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACESSO À JUSTIÇA. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. MÍNIMO EXISTENCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL.

1. A Reforma Trabalhista assegurou o direito à gratuidade de justiça aos trabalhadores hipossuficientes, mas determinou: (i) a cobrança de honorários de advogado e de honorários periciais, em caso de sucumbência (CLT, arts. 791-A e 790-B); (ii) a utilização de créditos havidos em outros processos para fazer face a tais honorários (CLT, art. 791-A, §4o); (iii) a cobrança de custas judiciais aos empregados que derem causa ao arquivamento de suas ações por não comparecimento injustificado à audiência (CLT, art. 844, §2o).

2. As normas processuais podem e devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que seja compatível com os limites de litigância que a sociedade comporta. O descasamento entre o custo individual de postular em juízo e o custo social da litigância faz com que o nível de litigância siga uma lógica contrária ao interesse público. A sobreutilização do Judiciário congestiona o serviço, compromete a celeridade e a qualidade da prestação da tutela jurisdicional, incentiva demandas oportunistas e prejudica a efetividade e a credibilidade da

⁷⁶ BRASIL. STF. ADI 5766. Rel. Min.ALEXANDRE DE MORAES. DJE 29/06/2022, p. 36.

⁷⁷ BRASIL. STF. ADI 5766. Rel. Min.ALEXANDRE DE MORAES. DJE 29/06/2022, p. 36.

Justiça. Vale dizer: afeta, em última análise, o próprio direito constitucional de acesso à Justiça.

3. É constitucional a cobrança de honorários sucumbenciais dos beneficiários da gratuidade de justiça, como mecanismo legítimo de desincentivo ao ajuizamento de demandas ou de pedidos aventureiros. A gratuidade continua a ser assegurada pela não cobrança antecipada de qualquer importância como condição para litigar. O pleito de parcelas indevidas ensejará, contudo, o custeio de honorários ao final. Razoabilidade e proporcionalidade da exigência.

4. É constitucional a cobrança ao Supremo Tribunal Federal judiciais dos beneficiários da justiça gratuita, quando derem ensejo ao arquivamento do feito, em virtude do não comparecimento injustificado à audiência. Respeito e consideração à Justiça e à sociedade que a subsidia. Ônus que pode ser evitado pela apresentação de litigância siga uma lógica contrária ao interesse público, justificativa para a ausência.

5. É constitucional o condicionamento da propositura de nova ação ao pagamento das custas judiciais decorrentes do arquivamento. Medida adequada a promover o objetivo de acesso responsável à Justiça.

6. Ação julgada parcialmente procedente, de modo a conferir interpretação conforme a Constituição, para assentar como teses de julgamento: “1) O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários; 2) a cobrança de honorários sucumbenciais poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais em sua integralidade; (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, quando pertinentes a verbas remuneratórias; (iii) é legítima a cobrança de custas judiciais em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante sua prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento.

Infelizmente, ficaram vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes. Vencedora, portanto, a visão do Min. Fachin que abriu a divergência, pois tais disposições da Reforma Trabalhista violariam o acesso à Justiça. Segundo, Bruno Bodart⁷⁸, trata-se de uma concepção de acesso à Justiça na qual novas demandas são sempre mais justas e bem-vindas, proporcionando um melhor bem estar à sociedade. Logo, trata-se de uma concepção que a AED não consegue compreender, pois não leva em conta as consequências da decisão, que pode influenciar negativamente, ainda segundo o autor, o número de vagas de empregos, os salários dos empregados e o número excessivo de demandas trabalhistas.

⁷⁸ BODART, Bruno. Canal da PGM-RJ. **Visão geral da Análise Econômica do Direito**. Youtube. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=-LcB25_yjSI. Visto em: 30.11.2022. Publicado há 1 ano.

3.3 DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Primeiro, o direito à gratuidade de justiça constitui-se em uma garantia fundamental, de matriz constitucional, cuja eficácia e aplicabilidade imediata irradia-se por todo ordenamento jurídico. De fato, tal direito divide-se em dois diferentes benefícios: no tocante às custas e demais despesas judiciais e no tocante a designação a um advogado gratuito. O escopo do presente subcapítulo ater-se-á à primeira disposição desse benefício processual..

De certo, o fundamento normativo, o valor ético, da gratuidade da Justiça é a Constituição, em seu art. 5, LXXIV⁷⁹. Por sua vez, o CPC dispõe nos arts. 98⁸⁰ a 102 sobre o que denominou de gratuidade de Justiça, como garantia fundamental para o amplitude do direito de acesso à Justiça que se exige no Estado Democrático de Direito. Logo, trata-se de um direito de máxima relevância para a concretização dos objetivos do Estado Constitucional de Direito.

Conforme demonstrado no subcapítulo 2.1, segundo os dados colhidos pelo IBGE, a renda média do brasileiro atingiu o menor valor em sua série histórica no ano de 2021 - em 1.353 reais. Nessa senda, o benefício de gratuidade de Justiça evidencia-se como regra, e não mera exceção. Ademais, segundo o relatório do CNJ de 2021⁸¹, o percentual de casos solucionados com o benefício foi de 27,3% no ano de 2020, confirmando a tendência de queda desde 2018.

De acordo com o capítulo de gratuidade de Justiça do CPC, não se propõe um critério objetivo a fim de se aferir quando tal benefício deve, ou não deve, ser concedido. Dessa forma, tal concessão deve ser aferida de acordo com o caso concreto, onde a mera declaração de hipossuficiência de recursos, por pessoa natural, detém presunção de veracidade⁸², não podendo

⁷⁹ **BRASIL.** CRFB/88. Art. 5, LXXIV; o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

⁸⁰ **BRASIL.** CPC/2015. Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

⁸¹ Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números.** Brasília: CNJ, 2021, p. 114.. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em 05/12/2022.

⁸² **BRASIL.** CPC/2015, Art. 99 §3º; Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

ser indeferido de plano⁸³. Logo, trata-se de instituto fundamental para garantir-se o pleno acesso à justiça aos litigantes hipossuficientes que urgem pela tutela jurisdicional. Consoante com esse pensamento, Nagib Slaibi Filho⁸⁴, afere que:

Como todo e qualquer direito social, a garantia da assistência judiciária integral e gratuita ao necessitado somente pode ser apurada em cada caso concreto, incumbindo a quem aplica as normas verificar se a pessoa física ou jurídica, ou mesmo ente despersonalizado, necessita do amparo para que possa não só acessar a Justiça mas também se ver tratada com paridade de armas em face do oponente, ainda que mais poderoso.

Contudo, quais as consequências de uma guarida indiscriminada de benefícios ao acesso à Justiça? Tratar-se-ia de uma rede de incentivo à litigância? Como premissa inicial deste trabalho, entende-se o modelo constitucional de Processo Civil, como um meio de instrumento de efetivo acesso à Justiça. Para tanto, vislumbra-se a necessidade de que, a partir de um modelo participativo de processo, partes, advogados e juízes possam impactar positivamente o presente cenário de tragédia da Justiça, por meio da superação de um modelo processual puramente adversarial. Faz-se necessário, portanto, diagnosticar causas que impeçam tal colaboração, ou sejam empecilhos para um acesso efetivo à justiça.

Dentre essas causas, Erik Wolkart⁸⁵ sugere que o processo civil brasileiro prevê poucos incentivos para o comportamento cooperativo de partes, advogados e juízes. Além disso, segundo o autor, às partes litigar "parece" valer a pena, visto que os custos do processo são muito baixos e mal distribuídos. Como consequência, uma mínima chance de vitória já justifica o ajuizamento da ação. Gera-se, em última instância, incentivos para a litigância desenfreada, visando a otimização dos ganhos pessoais, em detrimento do bem comum.

Nessa linha, o trabalho propõe a utilização de um conceito de acesso à Justiça para além de um mero acesso ao Judiciário, trata-se da necessidade de instituir-se materialmente um princípio de acesso à Justiça justa e efetiva. Assim, a utilização mais criteriosa do acesso ao Poder Judiciário pode ser vista como meio para a celeridade processual, permitindo com que as lides amparadas no direito possam receber uma resposta mais ágil, deixando de prestigiar lides

⁸³ BRASIL. CPC/2015, Art. 99 § 2º; O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

⁸⁴ SLAIBI FILHO, Nagib. A Constituição e a Gratuidade da Justiça no CPC de 2015. Rio de Janeiro. Revista de Estudos e Debates - CEDES - v.2 - n.2 - jan-jun 2017.

⁸⁵ WOLKART, Erik. **Análise Econômica do Processo Civil**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 440.

que muitas vezes são propostas sem qualquer perspectiva de serem acolhidas, seja em razão de sua não compatibilidade com o melhor direito, seja pelo excesso de demanda estimulados.

O diapasão da questão evidencia-se em uma paradoxal contraposição entre meios para se alcançar um processo justo e efetivo, ou seja, um efetivo acesso à justiça. Como forma de ilustrar tal imbróglgio doutrinário, que vai muito além de mera doutrina, mas da forma de ver o mundo, o presente capítulo utilizou-se das posições antagônicas entre os votos dos Ministros Edson Fachin, e Luis Roberto Barroso. Enquanto primeira concepção (Subcapítulo 3.1), fundamenta-se por meio de valores e princípios abstratos, a segunda (Subcapítulo 3.2), fundamenta-se por meio de uma ótica pragmática, em observância às consequências práticas de sua decisão, pautada pela análise econômica do direito. O presente trabalho, adota como melhor caminho, em respeito às alterações da LINDB, a visão do Min. Barroso.

De acordo com essa nova visão do direito de acesso à Justiça, Rodolfo Mancuso afere que:

Setores conservadores têm se apegado, obstinadamente, a antigas acepções, mantendo a Jurisdição atrelada ao sentido estático de poder estatal, ao tempo em que impregnam o Acesso à Justiça de qualificativos exagerados e ufanistas, senão já utópicos, representados por vocábulos grandiloquentes, tais verdadeiras palavras de ordem, como ‘universalidade’, ‘indeclinabilidade’, ‘ubiquidade’ descurando-se que direitos têm custos, e, por isso, a juridicização assim estimulada leva ao gigantismo judiciário, que vai consumindo parcelas cada vez mais expressivas do orçamento público e criando áreas de atrito crescente com o Poder Executivo. Uma projeção dessa cultura demandista está na visão tradicional do processo judicial, visto como uma arena de combate (ação, que lhe dava conteúdo, era vista como o próprio direito em pé de guerra, gerando um processo de perfil adversarial), tudo sob a perspectiva de uma judicialização generalizada, irrestrita e, a certos respeitois, até banalizada.⁸⁶

Trata-se da chamada judicialização do cotidiano. Em um sistema de incentivos à litigância, mais e mais demandas surgem no judiciário, em consequência disso, a sobrecarga gerada sobre o Judiciário será tão grande que o próprio acesso à justiça estará comprometido. É preciso que se compreenda que as normas processuais estabelecem estruturas de incentivos ou de desincentivos para a litigância que interferem sobre a carga de trabalho enfrentada pelo Judiciário.

⁸⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Thomsom Reuters Revista dos Tribunais, 2015, p. 207-219.

Sugere-se, portanto, tal como fez Barroso em seu voto na ADI 5766, e tal qual descreve Erik Wolkart⁸⁷, que restrições à gratuidade da Justiça não implicam necessariamente restrições de acesso à justiça. Tal afirmação justifica-se, seja pelo cenário de tragédia do Poder Judiciário gerado pelo demandismo, seja por não ser o Poder Judiciário a única e a mais adequada forma de acesso à Justiça - em consonância com o modelo de Justiça multiportas adotado pelo CPC. Todavia, trata-se, de fato, de uma ideia de difícil aceitação, muito devido à importância histórica e ao sucesso do "Projeto de Florença" de Mauro Cappelletti - abordado no subcapítulo 2.1. Nas palavras de Erik Wolkart:

A racionalidade dos critérios de concessão da gratuidade da justiça não causa estreitamento na porta de acesso ao Poder Judiciário. Mas, ainda que causasse, isso não implicaria restrição do direito constitucional de acesso à justiça, desde que outras e mais adequadas portas de acesso fossem disponibilizadas.⁸⁸

Em um processo civil multiportas e participativo, instrumentos tais como a conciliação e a mediação revelam-se relevantes para a solução da morosidade judicial. Nessa senda, a análise econômica do direito deve respaldar o processo civil e os julgadores, a fim de proporcionar uma mais efetiva prestação jurisdicional, a partir da teoria dos jogos. Logo, o autor da ação, avesso às perdas e propenso aos ganhos, apenas ingressaria em litígio quando o valor esperado da ação fosse positivo.

Contudo, em um processo cujos custos de litigância são próximos ou iguais a 0, por conta da concessão do benefício da gratuidade de Justiça, o autor encontra-se permanentemente em um estado de incentivo à litigância. Tal cenário agrava-se na concessão da gratuidade de justiça em demandas frívolas. Nesses casos, estimula-se o ajuizamento de demandas que pessoas em condições normais jamais arriscariam instaurar, cujos efeitos são extremamente nocivos ao bem-estar social. Oportuno frisar nesse ponto que, em que pese a gratuidade de Justiça isente o autor de custos, tais custos judiciais são deslocados tanto para a parte ré, quanto para toda a sociedade. Em suma, o subsídio automático gerado pela gratuidade de Justiça em prol do litigante, por meio de mera declaração e hipossuficiência, gera, conforme apresentado

⁸⁷ WOLKART, Erik. **Análise Econômica do Processo Civil**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Cit; "Não se trata de reduzir tudo a considerações meramente econômicas, mas sim de utilizar ferramentas econômicas que permitam absorver e considerar a maior parte possível dessa complexidade no momento de definir políticas públicas que realmente promovam o bem-estar social." P. 449.

⁸⁸ WOLKART, Erik. **Análise Econômica do Processo Civil**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 450

anteriormente, em um custo individual de R\$475,51 anuais e um custo público do 1.3% PIB do Brasil e, portanto, deve ser aferido com a máxima cautela.

Por fim, ainda no que tange aos incentivos gerados ao autor, Erik Wolkart sugere que, na dúvida, o autor racional requererá o benefício de gratuidade, induzido pela falta de desincentivos e em prol da maior utilidade. In verbis:

Mesmo autores que tenham suficiência de recursos tendem a requerer o pedido de gratuidade. Trata-se de comportamento claramente não cooperativo, e que prejudica a busca dos ideais do art. 6º do CPC/2015 (o foco de todo este trabalho). Isso ocorre pelos seguintes motivos: (i) a mera declaração de insuficiência de recursos, sem qualquer tipo de prova, é suficiente para requerer o benefício; (ii) tal declaração pode ser feita inclusive pelo advogado; (iii) o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a declaração falsa de pobreza para tais fins não configura crime; (iv) o juiz não tem incentivos para procurar elementos nos autos que indiquem a suficiência de recursos; (v) a aplicação da multa do art. 100, parágrafo único, do CPC/2015 depende não só da procedência da impugnação como da prova da má-fé no requerimento; (vi) a imprecisão do conceito de insuficiência de fundos dificulta a prova da má-fé do requerimento. **Todos esses fatores juntos indicam que, na dúvida, o autor racional requererá a gratuidade.** Quando dizemos na dúvida, apontamos para aqueles autores cujo pagamento das custas implica alguma diminuição de utilidade, sem que haja comprometimento da subsistência, e também para aqueles que, ainda que possuam sólidos recursos, estejam dispostos a determinadas aventuras jurídicas a baixo risco.⁸⁹

Conclui-se, portanto, o benefício da gratuidade de Justiça, em que pese seja elemento essencial ao acesso à justiça, pode e deve ser revisto em prol da otimização do sistema judiciário. De fato, a análise econômica do direito permite aferir que o modo em que se constitui hoje a concessão da gratuidade gera, de forma contraproducente, um incentivo à litigância. Pois, como apontado acima, "a dúvida, o autor racional requererá a gratuidade", cujo subsídio público de 100% de custas e emolumentos deixa de ser empregado à outras áreas sociais, tais como educação, saúde e infraestrutura.

Além do fator econômico apontado, a concessão indiscriminada desse benefício gera, aliado a uma cultura litigante do brasileiro, um demandismo exacerbado no sistema Judiciário. Tal demandismo, que, conforme apresentado, mostra que o Brasil possui 1 processo a cada 3 habitantes - em contraponto a Alemanha possui 1 processo a cada 109 habitantes - que leva à uma histórica morosidade processual, em uma descrença no sistema judicial, e, por último, em um empecilho ao acesso efetivo à Justiça. Logo, por mais que teleologicamente tal conceito

⁸⁹ WOLKART, Erik. **Análise Econômica do Processo Civil**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 460.

seja irretocável, na prática evidencia-se como um dos principais fatores atuais que geram o atual cenário de tragédia da Justiça brasileira.

CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida neste trabalho confirma a hipótese na qual a concessão do benefício da gratuidade de Justiça evidencia-se, hoje, em uma rede de incentivo à litigância. Em que pese o modelo constitucional de processo civil tenha um viés cooperativo, em observância ao art. 6º do CPC/2015, torna-se difícil a concretização prática de tal princípio, em um país de cultura litigiosa, com incentivos à litigância. Desse modo, o princípio da gratuidade de justiça contribui para a criação de um sistema judicial inefetivo e moroso, revelando-se, paradoxalmente, como um dos fatores que dificultam o direito ao acesso à Justiça.

No capítulo 1, demonstra-se a aproximação entre Constituição e seus valores fundamentais ao Direito, principalmente em relação ao Código de Processo Civil de 2015. A partir do neoconstitucionalismo, forma-se o Modelo Constitucional de Processo - uma reconstrução processualista, normativa e principiológica, sob a luz da constituição. Nessa senda, o código apresenta-se lastreado em premissas participativas e policêntricas, a resgatar a participação da sociedade no debate processual, em contraposição ao protagonismo judicial de um processo adversarial. Contudo, em um Direito cujo centro axiológico revela-se na dignidade da pessoa humana, o processo civilista depara-se com a chamada carnavalização de princípios, onde decisões pautam-se em valores abstratos, até a reforma da LINDB, que implementou o pragmatismo jurídico e multidisciplinaridade nas decisões, agora, pautadas pelas suas consequências.

No capítulo 2, aborda-se o princípio do acesso à Justiça, a partir de seu viés clássico, formulado por Cappelletti, e a existência do cenário de esgotamento de recursos do Poder Judiciário. Tal cenário impõe a necessidade de releitura desse princípio sob a luz da Análise Econômica do Direito, a fim de se garantir, de fato, a tutela de uma atividade jurisdicional efetiva e em prazo razoável. Nesse escopo, o presente trabalho entende a Justiça como um bem comum, e, portanto, suscetível à tragédia dos comuns de Hardy, no qual ocorre o diapasão entre interesse público e interesse privado. A fim de justificar tal entendimento, utiliza-se o Relatório em Números do CNJ, referente ao ano de 2021, para melhor compreender a ineficiência da Justiça brasileira.

No capítulo 3, analisa-se, a partir dos conceitos previamente abordados, o julgamento da ADI 5766, cujo mérito da ação perquiria quanto a constitucionalidade de dispositivos implementados pela Reforma Trabalhista, no capítulo referente às custas e ônus sucumbenciais na Justiça Trabalhista, a partir do confronto entre os votos dos Ministros Edson Fachin e Luis Roberto Barroso. Lamenta-se o resultado final desse julgamento, pois, sob a ótica do presente trabalho, as normas processuais podem e devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que seja compatível com os limites de litigância que a sociedade comporta. Por fim, conclui-se que o benefício da gratuidade de Justiça, em que pese seja elemento essencial ao acesso à justiça, pode e deve ser revisto em prol da otimização do sistema judiciário. De fato, a análise econômica do direito permite aferir que o modo em que se constitui hoje a concessão da gratuidade gera, de forma contraproducente, um incentivo à litigância. Logo, tal como Barroso, esse trabalho entende que a racionalidade dos critérios de concessão da gratuidade da justiça não causa estreitamento na porta de acesso ao Poder Judiciário, mas revela-se como meio para assegurar o pleno e efetivo acesso à Justiça.

BIBLIOGRAFIA

FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

BARROSO, Luis. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Ed. SaraivaJur, 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70 Ltda., 1997.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação e Regulação**. Belo Horizonte: Ed. Fórum. 2016.

BARROSO, Luis. **Temas de direito constitucional**. São Paulo. Ed. Renovar, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: **Direito Administrativo e Constitucional**. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>

MARINONI, Guilherme. **Novo Processo Civil**. São Paulo: Thomson Reuters. 2015.

DINAMARCO, Candido. **Instrumentalidade do Processo**. Ed. Malheiros: São Paulo. 2003.

MOREIRA, Carlos. Por um Processo Socialmente Efetivo. **Revista de Processo**, vol. 105/2002, p. 181 - 190 , Jan - Mar. 2001.

BORRING, Felipe. **Princípio da Jurisdição Equivalente**. Bahia: JusPodium, 2019.

DINAMARCO, Cândido. **A instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Jus Podium, 2013, São Paulo.

DIDIER, Fredie. Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro. n. 49, jul./set. 2013.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 198, 2011.

DIDIER, Fredie. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: JusPodium, 2022

MITIEIRO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo v. 2. P. 83-97, 2015.

NERY, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SARMENTO, Daniel. O STF não é o centro do constitucionalismo. **Os Constitucionalistas**, 2014. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-e-o-centro-do-constitucionalismo>. Acesso em 14/11/2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio é preguiça**. Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALEXY, R. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 217, p. 67–79, 1999. DOI: 10.12660/rda.v217.1999.47414. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>. Acesso em: 5 dez. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio é preguiça**. Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205.

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90-91.
- DIDIER, Fredie. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** n. 73, jul./set. 2019.
- BARROSO, Luis. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Ed. SaraivaJur, 2019.
- DIDIER, Fredie. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** n. 73, jul./set. 2019.
- POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- POGREBINSCHI, Thamy. **Teoria Social e Política**. **Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro. Vol. 43, n. 4, 2000.
- MOREIRA, Assis. Brasil é o terceiro país com mais mortes por covid-19 no mundo na semana. **Valor Econômico**. Disponível em <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2022/09/07/brasil-o-terceiro-pas-com-mais-mortes-por-covid-19-no-mundo-na-semana.ghtml>. Acesso em 05/12/2022.
- BRASIL. Painel Coronavírus. **CORONAVÍRUS BRASIL**, 2022. Disponível em <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 05/12/2022.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- BRASIL**. STF. ADI 7.222. Min. Rel. ROBERTO BARROSO. Dje. 22/11/2022, p. 23.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao artigo 5o, inciso XXXV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

Renda média do brasileiro atinge o menor valor da série histórica, diz IBGE, 2022. **Carta Capital**. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/economia/renda-media-do-brasileiro-atinge-o-menor-valor-da-serie-historica-diz-ibge/>. Acesso em 05/12/2022.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao artigo 5o, inciso XXXV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SCHWARTZ, Stuart. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

MOREIRA, Carlos. **Notas Sobre o Problema da "Efetividade" do Processo**. São Paulo: Revista Temas de Direito Processual, 2011.

WOLKART, Erik. **Análise Econômica do Processo Civil**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo, In: **Gênese : revista de direito processual civil**, v. 7, n. 23, p. 191-209, jan./mar. 2002.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 423, 03 DE MAIO DE 2013.D.O.U. nº 97, Seção 1 de 22/05/2013. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4147>. Acesso em 15.11.2022.

BODART, Bruno e FUX, Luis. **Processo Civil e Análise Econômica.** Rio de Janeiro: Editora Gen, 2020.

MENDES, Carlos. **Introdução à Economia.** Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração, 2015.

Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números.** Brasília: CNJ, 2021. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em 05/12/2022.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça:** condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Thomsom Reuters Revista dos Tribunais, 2015.